Der Ehebruch als Ehehindernis.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Martin Kiesling,
Referendar am Landgericht in Greiz.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Greiz i. V.
Buchdruckerei Franz Trommer.
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547026_0044

Meiner Mutter
und dem Andenken meines Bruders Alfred.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
§ 1. Einleitung (Stellung der Aufgabe)	1
§ 2. Begriff, Bezeichnung und Arten des Ehehindernisses.	2
§ 3. Rechtsgeschichtliche Entwicklung bis zum Inkrafttreten des BGB.s für das Deutsche Reich	3
1. Römisches Recht	3
2. Germanisches Recht	5
3. Kanonisches Recht	5
4. Evangelisches Kirchenrecht	7
5. Die hauptsächlichsten in- und ausländischen Landesgesetzgebungen	8
a) Allgemeiner Überblick	8
b) Das preußische Allgemeine Landrecht	9
c) Das BGB. für das Königreich Sachsen	9
6. Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875	10
§ 4. Das geltende deutsche bürgerliche Recht	12
1. Stellung des BGB.s zum früheren Reichsrecht und zu den Landesrechten	12
2. Grundsätzliche Meinungsverschiedenheiten bei Aufnahme des Ehehindernisses ins BGB.	12
3. Der Begriff des Ehebruchs	14
4. Die Voraussetzungen des Ehehindernisses	20
a) Ehebruch als Grund der Scheidung der früheren Ehe	20
b) Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft der früheren Ehe	22
c) Feststellung dieses Ehebruchs im Scheidungsurteile	24
5. Umfang des Ehehindernisses	28
6. Wirkung des Ehehindernisses	29
7. Erlöschen des Ehehindernisses	32

§ 5. Das internationale Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des deutschen 37
1. Einführung 37
2. Das innerstaatliche internationale Privatrecht . . 38
3. Das überstaatliche internationale Privatrecht . . 44
§ 6. Das deutsche Privatfürstenrecht 49
§ 7. Grundsätzliche Beurteilung des Ehehindernisses des Ehebruchs 53

Literaturverzeichnis.

Barazetti, Das internationale Privatrecht im BGB. für das Deutsche Reich. Hannover 1897.

Biberfeld, Die Statutenkollision in Fragen der Fähigkeit zur Eingehung einer Ehe nach dem BGB. Abhandlung in der Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht von Böhm und Niemeyer, Bd. VIII, Seite 219—221.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil. 1. Bd. 2. Aufl. Leipzig 1902.

Bogeng, Die Haager Abkommen über intern. Privat- und Zivilprozeßrecht. Berlin 1908.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 1. Bd. 2. Aufl. Leipzig 1906.

Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerlichen Rechts 2. Bd. 6. Aufl. Jena 1913.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Bd. Immaterialgüterrechte — Familienrecht. Tübingen 1908.

Daude, Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. 12. Aufl. Berlin 1913.

Dernburg, Pandekten, 3. Bd. Familien- und Erbrecht 7. Aufl. Berlin 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht d. Deutschen Reichs und Preußens, 4. Bd. Deutsches Familienrecht 4. Aufl. Halle 1908 (zit. Dernburg BGB.).

Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts. 8. u. 9. Aufl. 2. Bd. 2. Abt. Familienrecht, Berlin 1908.

Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß einschl. der Nichtigkeitserklärung der Ehe im Deutschen Reich. 2. Aufl. Berlin 1900.

Erler, RGR-Kom.- Das BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 3. Bd. Familien- und Erbrecht. 2. vermehrte Aufl. Nürnberg u. Leipzig 1913.

Fischer-Henle, Das BGB. vom 18. August 1896 nebst EG. 9. Aufl. München 1912.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst EG. 8. — 10. Aufl. Tübingen 1912.

Freisen, Geschichte des kanonischen Kirchenrechts bis zum Verfall der Glossenliteratur. Tübingen 1888.

Friedberg, Lehrb. des kath. und evang. Kirchenrechts, 6. Aufl. Leipzig 1909.

Friedberg in der deutschen Zeitschr. für Kirchenrecht, V. Bd. S. 359 bis 421: Ueber das persönliche Eherecht des I. und II. Entwurfs eines BGB. f. d. Deutsche Reich.

Gerber, System des deutschen Privatrechts. 17. Aufl. von C. F. Gerber, neu bearbeitet von Cosack, Jena 1895.

Haidlen, Lehrb. des Familien- und Erbrechts von Mayer-Reis, 1. Bd. Familien- und Vormundschaftsrecht. 4. Aufl. besorgt von Dr. O. Haidlen.

Hamm in DJZ. 1907, S. 582 ff.: Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Ehebruch.

Hedemann in DJZ. 1907, S. 738 ff.: Eheliche Treue.

Hefter, Die Sonderrechte der souveränen und der mediatisierten, vormals reichsständischen Häuser Deutschlands, Berlin 1871.

Herrmann, Ueber den Ehebruch als Ehehindernis, bes. nach evang. Kirchenrecht. Abhandlung in den Jahrb. f. deutsche Theologie, Bd. V. S. 254 ff.

Hinschius, Das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf eines BGB.s für das Deutsche Reich. Abhandlung in Bd. 74 des Archivs für die zivilistische Praxis.

Hinschius, Das Reichsgesetz über die Beurkundnng des Personenstands. 3. Aufl. Berlin 1890.

Hinschius-Boschan, Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstands und die Eheschließung vom 6. Februar 1875. 4. neu bearbeitete Auflage. Berlin 1909.

Hoffmann, Das BGB. für das Königreich Sachsen, I. Band. Leipzig 1889.

Jacobi, Das persönliche Eherecht des BGB.s für das Deutsche Reich, 2. verb. Aufl. Berlin 1899.

Jakubezky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines BGB.s für das Deutsche Reich, München 1892.

Kahn, Die dritte Haager Staatenkonferenz für intern. Privatrecht. Kritische Studien, abgedruckt in Böhms Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht, XII. Band, Seite 1—21, 201—261.

Keidel, Das internationale Eherecht nach dem BGB. für das Deutsche Reich und den Beschlüssen des Institut de droit international und des internationalen Kongresses in Haag. Abhandlung in Böhms Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht, VII. Band, S. 228—244.

Kimmig, Der Ehebruch als Ehehindernis. Abhandlung in der JW. 1913, S. 73—75.

Kohler, J. C., Handbuch des deutschen Fürstenrechts der vormals reichsständischen und jetzt mittelbaren Fürsten und Grafen, Sulzbach 1832.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, V. Aufl. 2. Bd. Tübingen 1911.

Lingenberg, Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. (Leipz. Inaugural-Dissertation) Bonn 1906.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 20. Aufl. Berlin 1914.

Loening, Geschichte des deutschen Kirchenrechts, 2. Band: Das Kirchenrecht im Reiche der Merowinger, Straßburg 1878 (zit. Loening K.-R.).

Loening, Autonomie der standesherrl. Häuser, Halle 1905 (zit. Loening).

Mariolle, Die Wiederverheiratung der reichsangehörigen und der ausländischen, bis zu ihrer Verheiratung reichsangehörigen Ehefrau eines von den Gerichten seines Heimatsstaats für tot erklärten Ausländers. Abhandlung in der Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht von Böhm und Niemeyer, IX. Band, Seite 300 ff.

Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht, I. Band. Zürich 1902.

Meili-Mamelok, Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht auf Grund der Haager Konventionen, Zürich 1911.

Meyerowitz, Die Eheschließung von Ausländern im Deutschen Reich und von Deutschen im Ausland nach Gesetzgebung und Prozeß des deutschen internationalen Privatrechts. Abhandlung in Böhms Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht, X. Bd., S. 1—40.

Mitteis, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht, Dekanatsprogramm Leipzig 1905. I. Nichtigkeitserklärung der Ehe nach Scheidung.

Moser, Staatsrecht der deutschen Reichsstände, II. Teil Frankfurt und Leipzig 1775.

Motive zum Entwurf (I) eines BGB.s (zit. M. I, 1 = Bd. I, S. 1).

Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. für das Deutsche Reich (zit. Mugdan I, 1 = Band I, Seite 1).

Niedner, Kommentar zum BGB. Berlin 1899 (Einführungsgesetz).

Niemeyer, Das internationale Privatrecht im Entwurf eines BGB.s. Abhandlung in der Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines BGB.s in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Heft 7 (zit. Niemeyer Vorträge).

Niemeyer. Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts, Leipzig 1895 (zit. Niemeyer Vorschläge).

Niemeyer in Böhms Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht, XV. Band, Seite 119—124: „Sind deutsche Gerichte zuständig für Scheidungsprozesse französischer Ehegatten?"

Neustadt, Kritische Studien zum Familienrecht des BGB.s, I. Band. Das Eherecht, Berlin 1907.

OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan u. Falkmann (zit. OLG. I, 1 = I. Band, Seite 1).

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 9. Aufl. I. Band, Berlin 1912.

Planck, BGB. nebst EG. 4. Bd. Familienrecht, 3. Aufl. Berlin 1906.

Posener, Grundriß des gesamten deutschen Rechts, IV. Band. Familienrecht. 3. und 4. Auflage. Berlin 1909.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.s, bearbeitet von Achilles, Gebhardt und Spahn (zit. Prot. I, 1 = I. Band, Seite 1).

Puchta, System und Geschichte des römischen Privatrechts, 10. Auflage. Leipzig 1893.

Rehm, Modernes Fürstenrecht, München 1904.

Richter, Lehrbuch des katholischen und evang. Kirchenrechts, in 8. Auflage bearbeitet von Dove und Kahl. Leipzig 1886.

Rudorff, Römische Rechtsgeschichte. 2 Bände (I, II zit.).

Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft (zit. R.).

Sack, Das Ehehindernis des Ehebruchs (Inaugural-Dissertation). Borna-Leipzig 1904.

Sanitер, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. (Leipz. Inaugural-Dissertation). Berlin 1908.

Sartorius, Kommentar zum Personenstandsgesetz. München 1902.

Sauer, Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht. München und Berlin 1909.

Schaeffer, Grundriß des bürgerlichen Rechts unter Berücksichtigung des römischen und germanischen Rechts, 4. Band: Familienrecht, Berlin 1911.

v. Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht und seine Umbildung durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875. Erlangen 1882.

Schmidt, Kommentar zum BGB. von Schmidt-Habicht. IV. Bd. Familienrecht. Erste Hälfte, erläutert von Schmidt.

Schnitzer, Katholisches Eherecht. 5. Auflage, Freiburg 1898.

Schreiber, Der Ehebruch als Ehehinderungs- und Ehescheidungsgrund (Leipz. Inaugural-Dissertation), Leipzig 1905.

Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 5. Auflage. Leipzig 1907.

Schulze, Das Recht der Erstgeburt in den deutschen Fürstenhäusern. Leipzig 1851 (zit. Schulze).

Schulze bei O. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsgeschichte, I. Band, 2. Abteilung, Braunschweig 1864.

v. Sicherer, Personenstand und Eheschließung in Deutschland. Erlangen 1879.

Staudinger, Kommentar zum BGB. und EG. IV. Band, Familienrecht. I. Teil, erläutert von Engelmann. 7./8. Auflage. München, Berlin, Leipzig 1913.

Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, erläutert von Stein, 10. Auflage des von Gaupp begründeten Kommentars, II. Band, Tübingen 1913.

Stemmermann, Die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. (Leipz. Inaugural-Dissertation). Borna-Leipzig 1906.

Stölzel im „Standesbeamten" 1876 Seite 333 ff.

Strohal, Plancks Kommentar zum BGB. nebst EG. I. Band. Allgemeiner Teil. 4. Auflage. Berlin 1913.

Ubbelohde, Die Hindernisse der bürgerlichen Ehe. Abhandlung in Iherings Jahrbüchern Band 39, Seite 113 ff.

Unzner in Plancks Kommentar z. BGB. Band VI, 3. Aufl. Berlin 1905.

Wengler-Brachmann, Das BGB. f. d. Königreich Sachsen, II. Bd. Leipzig 1878.

Wulfert, Aus dem Familienrecht. Leipzig 1899. Abhandlung im sächs. Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. IX. Bd., S. 721 bis 756.

Zitelmann, Intern. Privatrecht, I. Bd. Leipzig 1897, II. Bd. Leipzig 1898.

Zusammenstellung der gutachtl. Aeußerungen zum Entwurf eines BGB.s, gefertigt im Reichsjustizamt (zit. ZG. I, 1 = Bd. I, S. 1).

§ 1. Einleitung (Stellung der Aufgabe).

Das Verbot des Ehebruchs ist uralt. Es hat seine Quelle in den religiös-sittlichen Anschauungen der Menschheit und ist durch die öffentlichen Interessen der staatsbürgerlichen Gesellschaft bedingt.

Waren auch Begriff und Wirkungen des Ehebruchs bei den einzelnen Völkern und zu den verschiedenen Zeitläuften je nach Sitte, Religion und Moral bald enger, bald weiter begrenzt, immer hat die Ehegesetzgebung dem Ehebruche besonderes Augenmerk zugewendet, weil er sich als einen zerrüttenden Angriff auf die Ehe, die einen der wichtigsten Grundpfeiler des Staats bildet, darstellt.

Auch unser Rechtssystem hat das Ehebruchsverbot in sich aufgenommen und an den Ehebruch mancherlei Wirkungen teils straf-, teils zivilrechtlicher Art geknüpft.

Einmal erhebt es ihn zu einem kriminalistischen Tatbestand und bestraft ihn auf Antrag des treuen Ehegatten, wenn wegen des Ehebruches die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten und dessen Mitschuldigen mit Gefängnis.[1])

Ferner bildet der Ehebruch als „die unmittelbarste und schwerste Verletzung der ehelichen Pflichten“[2]) einen absoluten Ehescheidungsgrund, insofern ein Ehegatte das Recht hat, auf Scheidung zu klagen, wenn sich der andere Ehegatte des Ehebruchs schuldig macht und jener weder der ehebrecherischen Handlung zustimmt, noch daran teilnimmt.[3])

Schließlich wirkt der Ehebruch auch als ein Umstand, der sich der Eheschließung der Ehebrecher hinderlich in den Weg stellt, als sog. Ehehindernis. Unter diesem Gesichtspunkte bestimmt der § 1312 BGB.:

[1]) Vergl. StGB. § 172.
[2]) M. IV, 582.
[3]) Vergl. BGB. § 1565.

„Eine Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen einem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und demjenigen, mit welchem der geschiedene Ehegatte den Ehebruch begangen hat, wenn dieser Ehebruch in dem Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt ist.

Von dieser Vorschrift kann Befreiung bewilligt werden."

Ich werde mich im folgenden darauf beschränken, den Ehebruch ausschließlich in seiner Eigenschaft als Ehehindernis darzustellen und setze es mir zur Aufgabe, eine eingehende und genaue Abhandlung dieser Materie zu geben.

§ 2. Begriff, Bezeichnung und Arten des Ehehindernisses.

Die technische Bezeichnung „Ehehindernis" ist nicht uralten Datums; sie war dem alten Rechtssystem vielmehr noch unbekannt und ist erst in der Zeit nach Gratian, also erst seit der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts als terminus technicus für Ehehemmnisse gebräuchlich geworden. Da tauchen zum ersten Male die Ausdrücke „impedimenta matrimonii impedientia et dirimentia" auf.[1])

Man pflegt die Ehehindernisse nach verschiedenen Gesichtspunkten einzuteilen. Nach ihrer Wirkung unterscheidet man — und das ist die wichtigste Gruppierung — trennende (impedimenta matrimonii dirimentia) und aufschiebende (impedimenta matrimonii impedientia tantum).[2]) Diese verbieten dem Standesbeamten die Vornahme des Eheschließungsaktes, stellen aber die gleichwohl abgeschlossene Ehe in ihrer Rechtsbeständigkeit nicht in Frage; dagegen lassen jene den Abschluß einer gültigen Ehe überhaupt nicht zustande kommen.

Die trennenden Hindernisse teilt man wieder in öffentliche (publica) und in private (privata) ein. Die ersteren sollen das Wesen der Ehe schützen und können daher im öffentlichen Interesse an sich von jedem, der sie kennt, sowie von amtswegen geltend gemacht werden, die letzteren jedoch nur von dem Betroffenen, da sie nur private Interessensphären berühren.[3])

So kann die durch die öffentlichen, trennenden Ehehindernisse nach unserem Recht begründete Nichtigkeitsklage von jedem der Ehegatten, von dem Staatsanwalt und von jedem interessierten

[1]) Vergl. Freisen S. 221 ff.; Schnitzer S. 226 ff.
[2]) Friedberg S. 419 § 139 nennt sie „verbietende".
[3]) Vergl. Ubbelohde S. 116; Dernburg III S. 14; Friedberg a. a. O.

Dritten erhoben werden,[1]) die durch die privaten, trennenden Ehehindernisse fundierte Anfechtungsklage aber nur von dem verletzten Ehegatten.[5])

Man gruppiert die Ehehindernisse auch in solche, bei deren Vorhandensein eine Person überhaupt nie eine Ehe schließen kann (absolute Ehehindernisse), und in solche, die einer Person die Eheschließung nur mit gewissen anderen versperren (relative Ehehindernisse).[6])

Eine für unser geltendes Recht völlig bedeutungslose Einteilung ist die kanonisch-rechtliche Unterscheidung einerseits zwischen impedimenta juris divini und humani — bei letzteren war Dispensation zulässig, bei ersteren nicht —, anderseits zwischen imp. occulta, bei deren Vorliegen die Ehe durch formlosen Konsens gültig wurde, und imp. manifesta, bei denen das nicht angängig war.[7])

§ 3. Rechtsgeschichtliche Entwicklung bis zum Inkrafttreten des BGB.s für das Deutsche Reich.

Anschließend sei es mir gestattet, zunächst ein Bild der rechtshistorischen Entwicklung des zu erörternden Eheverbots zu zeichnen; denn dies wird zum besseren Verständnisse des zu behandelnden Rechtsgebiets, dessen gesetzliche Regelung zu allen Zeiten und in den verschiedensten Rechtsgemeinschaften gewaltigen Schwankungen unterworfen war, wesentlich beitragen.

1. Römisches Recht.

Dem altrömischen Rechte war ein zivilrechtliches Ehehindernis des Ehebruchs, wie wir es heute haben, unbekannt. Das Bedürfnis, das adulterium, das übrigens nur im verbotenen Geschlechtsumgange der Ehefrau mit einem Dritten erblickt wurde,[1]) zu einem eherechtlichen Hindernisse zu gestalten, machte sich in jener sittenstrengen Zeit noch nicht fühlbar, weil die Ahndung des adulterium der Privatrache und häuslichen Jurisdiktion überlassen war.[2]) Sowohl dem betrogenen Ehemann, wie dem

[1]) Vergl. BGB. §§ 1323—1329 in Verbindung mit § 632 ZPO.
[5]) Vergl. §§ 1330—1335, 1341 BGB.; Wulfert S. 734, 742; Schaeffer S. 3.
[6]) Vergl. Ubbelohde, S. 119; Sack S. 1.
[7]) Vergl. Jacobi S. 47.
[1]) l. 35 § 1 D. ad leg. Juliam de ad. coerc. (48, 5); l. 101 D. de verb. sign. (50, 16).
[2]) Vergl. v. Liszt S. 398; Binding S. 219.

Träger der patria potestas stand das Recht zu, die adultera samt dem adulter, wenn er die beiden auf frischer Tat ertappte, eigenmächtig zu töten,[3]) und es wurde von dieser Befugnis wohl auch regelmäßig Gebrauch gemacht.

Dieser Rechtszustand muß sich ziemlich lange erhalten haben; denn noch in der lex Julia de adulteriis coercendis vom Jahre 18 v. Chr. findet man Spuren dieses Brauchs, insofern darin dem Vater der untreuen Ehefrau — jedoch nicht mehr dem Ehemanne — diese Strafbefugnis, wenn er die Ehebrecher in flagranti überrascht, eingeräumt wird.[4])

Im übrigen machte weder dieses Gesetz, noch überhaupt die augusteische Ehegesetzgebung das adulterium zu einem Ehehindernisse. Die Digestenstelle,[5]) die Schreiber zum Beweis des Gegenteils anführt,[6]) stellt keineswegs ein allgemeines zivilrechtliches Verbot der Ehe mit adulterae mulieres auf. Sie enthält vielmehr lediglich strafrechtliche Grundsätze und legt dem Dritten, der die Ehe mit einer verurteilten adultera aufrecht erhält, die Pflicht auf, die Ehe zu scheiden und sucht die Erfüllung dieser Scheidungspflicht durch strafgesetzliche Drohungen zu erreichen. Die Ehe war jedoch, falls der Dritte sich von der adultera nicht schied, zivilrechtlich gültig, wenn sie auch als lenocinium behandelt wurde.[7])

Später scheint der Ehebruch in beschränktem Maße zu einem eherechtlichen Hindernisse umgewandelt worden zu sein. Hierfür sprechen zwei Stellen, ein responsum Papinians (140—212 n. Chr.)[8]) und die Novelle 134 c. 12, letztere eine unzweifelhafte, legislative Bestimmung eherechtlicher Natur. Darin ist der Satz aufgestellt: Wenn ein angeklagter adulter sich der Strafverfolgung entziehe und nachher mit seiner adultera eheliche oder außereheliche Lebensgemeinschaft pflege, so sei diese Verbindung keine Ehe, und jeder Richter habe das Recht, das frühere Strafverfahren wieder aufzunehmen und zu Ende zu führen.

Man kann sich Herrmanns Ansicht, die auch Puchta und Friedberg, wohl auch v. Liszt in den wesentlichsten Punkten teilen,[9]) anschließen und den Standpunkt des römischen Rechts kurz dahin zusammenfassen: Es suchte durch strafrechtliche Maß-

[3]) Vergl. Rudorff II Bd. § 114.
[4]) l. 21, 22 § 2 D. ad leg. Jul. de ad. coerc. (48, 5).
[5]) l. 11 § 13 D. ad leg. Jul. de ad. coerc. (48, 5).
[6]) Vergl. Schreiber S. 18, 19.
[7]) Vergl. hierzu Herrmann S. 257 ff. mit Rudorff I. Bd. § 36.
[8]) l. 13 D. de his quae ut indignis (34, 9).
[9]) Vergl. Herrmann S. 261, 262; Puchta II. Bd. S. 399 ff; Friedberg S. 451 § 148; v. Liszt S. 398.

regeln schon zur Zeit des sittenstrengen alten Römertums, noch mehr seit Augustus jede adultera, seit Constantin auch den verurteilten adulter von der Ehe überhaupt auszuschließen und ließ es hierbei auch bewenden, sodaß Ehen zwischen adulter und adultera ungeachtet ihrer Bestrafung immerhin möglich blieben. Nur in dem einen in der Novelle 134 besonders hervorgehobenen Falle war das adulterium ein bürgerlich rechtliches Ehehindernis, das die Ehe zu einer nichtigen machte.

2. Germanisches Recht.

Die germanischen Völkerschaften, denen die Ehe, wie uns aus der „Germania" des Tacitus überliefert ist,[1]) als eine mit besonderer göttlicher Weihe versehene Einrichtung galt, faßten die Verletzung der ehelichen Treue ähnlich wie die alten Römer sehr ernst auf. Diese erhabene Anschauung von der Ehe hatte wie bei diesen zur notwendigen Begleiterscheinung, daß der Bruch der Ehe mit den grausamsten Strafen erbarmungslos geahndet wurde.[2])

Dabei ist zu bemerken, daß auch bei den Germanen der Ehebruch zunächst nur eine Verfehlung der Frau war, während die Haltung der ehelichen Treue seitens des Mannes lediglich auf einer sittlichen, nicht rechtlichen Pflicht beruhte.[3])

Die Aufstellung eines Ehehindernisses war zufolge der harten Bestrafung des Ehebruchs tatsächlich unnötig und ist auch bei keinem Volksstamm erfolgt. Die Strafen führten stets zu einem derartig radikalen Ergebnisse — Verstoßung, Verknechtung, Verkauf oder Tötung[4]) —, daß es zur Eheschließung der Ehebrecher schwerlich kam.

Wurde der Ehebruch nicht gesühnt und ging die ehebrecherische Frau eine neue Ehe ein, so war diese allem Anscheine nach gültig.[5])

3. Kanonisches Recht.

Das kanonische Recht hat sich unabhängig vom römischen,[1]) jedoch auf ähnlichen Bahnen wie dieses entwickelt, insofern auch die katholische Kirche zunächst von straf-, speziell bußrechtlichen Sätzen über den Ehebruch, die die Eheschließung der Ehebrecher

[1]) Vergl. Tacitus Germ. c. 18, 19; dazu Gerber § 265 S. 452.
[2]) Vergl. Schröder S. 67.
[3]) Vergl. v. Liszt S. 398; Binding S. 220 oben.
[4]) Vergl. Brunner S. 99, 100, 127.
[5]) Vergl. Schreiber S. 21, 22.
[1]) Vergl. Friedberg S. 451 § 148.

vereitelten oder mindestens wesentlich erschwerten, ausging und erst allmählich den Ehebruch zu einem eigentlichen, eherechtlichen impedimentum matrimonii ausbildete.[2])

Bezüglich des Begriffs des Ehebruches wich freilich die Kirche von vornherein von der römischen Rechtslehre ab; denn sie räumte dem Manne kein Vorrecht vor der Frau ein und sah die geschlechtliche Gemeinschaft jedes Ehegatten, sowohl des männlichen wie des weiblichen, mit einer anderen als der ihm angetrauten Person für einen Ehebruch an.[3])

Der Kirchenvater Augustin (354—430 n. Chr.) und mit ihm das ganze frühere kanonische Recht erblickten in dem adulterium wohl eine der schwersten Sünden, für die der Ehebrecher Buße zu leisten hatte, aber kein Ehehindernis.

Die alte Kirche übte nur durch ihre bußdisziplinaren Mittel eine hemmende Wirkung gegen Ehen von Ehebrechern aus. Dem Pönitenten war während der Dauer der Buße sowohl die eheliche Gemeinschaft in seiner bestehenden Ehe, wie jede sonst von der Kirche erlaubte Eheschließung untersagt. Eine verschärfte Bußdisziplin der älteren Kirche gebot sogar die Enthaltung von der Ehe überhaupt, auch noch nach beendeter Buße und nach Wiedereintritt in die communio ecclesiae, natürlich eine bleibende Schranke gegen die Verehelichung ehebrecherischer Personen.[1])

Als die bisherige Bußdisziplin gemildert und die Buße zu einer zeitlichen ermäßigt wurde, konnten sich die Ehebrecher nach Absolvierung ihrer Buße, wenn es der Bischof ihnen erlaubte, einander heiraten.

Doch wurde den Bischöfen dieses Recht der Dispensation allmählich durch gewisse Einengungen beschnitten. Schon das Konzil von Meaux vom Jahre 845 hat einschränkend bestimmt, daß die Genehmigung der Eheschließung den Ehebrechern vom Bischof versagt werden solle, falls einer von ihnen den hintergangenen Gatten gemordet hätte.[5]) 50 Jahre später schärfte die Synode von Tribur den Bischöfen nochmals besonders ein, die alte Bußdisziplin gegen die Ehebrecher ja mit aller Strenge zu üben und traf noch eine weitere Ausnahmebestimmung, wonach der Bischof die Dispensation verweigern sollte; das betraf den Fall, daß der untreue Ehegatte dem mitschuldigen Dritten das

[2]) Vergl. Freisen § 56 S. 615.
[3]) Vergl. Binding S. 219 ff.
[1]) Vergl. Loening, K.-R., S. 567, 568; Friedberg S. 452 § 148.
[5]) Conc. Meld. c. 69 in C. 31 qu. 1 c. 5.

Versprechen gegeben hatte, ihn für den Fall des Todes des hintergangenen Ehegatten zu heiraten.[6])

Immer aber hatte die verbotswidrige Eheschließung lediglich bußstrafrechtliche Folgen für die Ehebrecher. Epochemachend war erst die Lehre Gratians. Dieser stellte in seinem Dekret den Satz auf, in zwei Fällen wirke das adulterium als impedimentum matrimonii dirimens publicum und zwar dann, wenn entweder

1) von zwei Personen, die Ehebruch getrieben hätten, auch nur eine dem unschuldigen Ehegatten nach dem Leben getrachtet hätte (sog. machinatio) oder
2) sich die Ehebrecher auf den Fall des Todes des unschuldigen Gatten gegenseitig die Ehe gelobt oder sie wirklich formell geschlossen hätten.[7])

Diese Lehre hat die Gesetzgebung der Päpste, insonderheit die von Innozenz III., seit dem 12. Jahrhundert in sich aufgesogen. So wurde sie allmählich geltendes gemeines kanonisches Recht, während die bußdisziplinaren Grundsätze ihre Bedeutung ganz verloren; und auf diesem Standpunkt steht die katholische Kirche auch heute noch.[8])

4. Evangelisches Kirchenrecht.

Die Reformation trat zur vorhandenen kanonischen Rechtsdoktrin in einen entschiedenen, prinzipiellen Gegensatz teils aus dogmatisch-ethischen, teils aus rechtlichen Gründen.

Die Bekenntnisschriften besagen zwar hierüber eigentlich nichts, wohl aber haben sich die Reformatoren in mehr oder weniger scharfen Worten gegen die kanonische Lehre ausgesprochen.

So war Luther,[1]) obwohl ihm der Ehebruch als ein sehr schweres, möglichst mit der Todesstrafe zu sühnendes Verbrechen galt, trotzdem gegen jedes impedimentum criminis, ebenso Melanchthon. Beide belegten ihre Ansicht mit Stellen aus der heiligen Schrift; insbesondere begründete sie Luther auch vom Gesichtspunkte der Ethik aus und nannte d s Ehehindernis eine schrift-

[6]) Vergl. Richter § 278.
[7]) Vergl. Gratian ad C. 31 qu. 1. c. 3. — Darüber, wie Gratian zu dieser Lehre gelangt ist, vergl. Richter a. a. O. und Herrmann S. 262—273.
[8]) Vergl. Kimmig S. 74; Schreiber S. 26—28; Friedberg S. 451 bis 453 § 148.
[1]) Vergl. Luther, vom ehelichen Leben (bei v. Strampff. S. 279, 280, 362); von dem babylonischen Gefängnis der Kirche (bei v. Strampff S. 279).

widrige Einengung der Eheschließungsfreiheit und eine ethisch verkehrte Verwendung der Ehe zu strafrechtlichen Zwecken.

Dies war der Standpunkt sowohl der Praxis, als auch der Theorie des Jahrhunderts der Reformation. Die Kirchengesetzgebungen, speziell die Kirchenordnungen, hingegen übergingen diese Frage mit Stillschweigen.

So kam es, daß im 17. Jahrhundert das gemeine kanonische Recht die theologischen Rechtsanschauungen der Reformatoren in der protestanischen Kirche, sowie in der Praxis der protestantischen Gerichte nach und nach wieder verdrängte. Nunmehr wurde der Ehebruch auch in der evangelischen Kirche in den von Gratian hervorgehobenen Fällen als Ehehindernis angesehen. Diesen Standpunkt hat die evangelische Kirche bis heute beibehalten. [2])

Die reformierte Kirche nahm im Gegensatz zur lutherischen, wie kanonischen Lehre bei jedem Ehebruch das Ehehindernis als vorhanden an. In den deutschen reformierten Landeskirchen freilich blieb die lutherische Doktrin maßgebend. [3])

5. Die hauptsächlichsten in- und ausländischen Landesgesetzgebungen.

a) Allgemeiner Ueberblick.

Die deutschen Landesgesetzgebungen schlossen sich der Anschauung der reformierten Kirche an und entwickelten den Ehebruch, indem sie noch weit über die Grenzen des kanonischen Rechts hinausgingen, vielfach zu einem trennenden, öffentlichen Ehehindernisse, so Württemberg, Preußen, Bayern, Baden, Schleswig-Holstein, von den auswärtigen Staaten Oesterreich und Frankreich. Dagegen wurde ihm in Sachsen, in Sachsen-Altenburg, in Sachsen-Gotha und in Reuß ä. L. bloß aufschiebende ehehindernde Kraft zugesprochen. [1])

Die Schweiz, Italien, Dänemark, England und seine Kolonien, sowie die meisten Staaten Nordamerikas kennen ein solches Ehehindernis überhaupt nicht. Auch in Frankreich ist jetzt das Eheverbot durch ein Gesetz vom 15. Dezember 1904 durch Aufhebung des Artikels 298 Code civil beseitigt. [2])

---

[2]) Vergl. Richter § 278 II S. 1106 ff.; Herrmann S. 273 ff.; Schreiber S. 32.

[3]) Vergl. Friedberg S. 453 § 148.

[1]) Vergl. Richter S. 1107 ff. § 278 Anm. 22, 26; Dernburg BGB. S. 56; Friedberg S. 454 § 148.

[2]) Vergl. Sauer S. 67; Meili-Mamelok S. 100; auch DJZ. 1903 S. 47; Dernburg BGB. S. 56 Anm. 9.

Von besonderem Interesse sind für uns die preußische und und die sächsische Landesgesetzgebung.

b) Das preußische Allgemeine Landrecht.

Das preußische Allgemeine Landrecht vom 5. Februar 1794 untersagte dem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten, mit der anderen ehebrecherischen Person eine Ehe einzugehen. Ferner durfte den untreuen geschiedenen Ehegatten nicht ehelichen, wer durch verdächtigen Umgang oder durch sonst gestiftete Mißhelligkeiten Anlaß zur Ehetrennung gegeben hatte. Jedoch war in diesen beiden Fällen stets Voraussetzung, daß der Ehebruch, der Umgang oder die Verursachung der Mißhelligkeiten im Scheidungsprozesse gerügt oder als Scheidungsgrund angenommen worden war. Schließlich wirkte der Ehebruch, falls damit Nachstellungen gegen das Leben des unschuldigen Gatten verbunden gewesen waren, sogar dann noch ehehindernd, wenn es wegen Todes des treuen Ehegatten nicht zu einer gerichtlichen Scheidung gekommen war. [1])

Die gegen diese Verbote geschlossenen Ehen waren zufolge der Eigenschaft des Ehebruchs als eines trennenden, öffentlichen Ehehindernisses rechtlich ungültig. [2])

c) Das BGB. für das Königreich Sachsen.

Das sächsische BGB. vom 2. Januar 1863, das von den größeren zivilrechtlichen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts die letzte ist, nahm einen wesentlich anderen Standpunkt als das preußische Allgemeine Landrecht ein.

Nach seinem § 1616 konnten sich Personen, die vor Gericht geständig oder gerichtlich überführt waren, miteinander Ehebruch getrieben zu haben, nicht ehelichen. Doch konnte durch Nachsichtserteilung, für die die kirchlichen Behörden zuständig waren, [1]) die Ehe gestattet werden.

Nur wenn die Ehebrecher während des Bestehens der durch Ehebruch verletzten Ehe sich gegenseitig die Ehe versprochen hatten, war Dispensation ausgeschlossen. [2]) In diesem Fall allein war der Ehebruch ein öffentliches, trennendes Ehehindernis, sowie die

[1]) Vergl. Allg. LR. Th. II Tit. 1 §§ 25—28.
[2]) Vergl. Allg. LR. Th. II Tit. 1 §§ 950 ff.
[1]) Vergl. § 15 Verordnung, die Ein- und Ausführung des BGB.s für das Königreich Sachsen betreffend, vom 9. Januar 1865; dazu Hoffmann I. Bd. S. 13.
[2]) Vergl. sächs. BGB. § 1616.

verbotswidrige Ehe nichtig und vom Richter die Nichtigkeitserklärung von amtswegen zu verfügen.[3])

Sonst hatte die Umgehung des Eheverbots, wie § 1627 sächs. BGB. sich ausdrückt, eine Nichtigkeit der Ehe nicht zur Folge, sondern die schuldigen Ehegatten waren nur mit den in § 1627 sächs. BGB. angedrohten Geld- oder Gefängnisstrafen zu belegen.

Erwähnt sei noch, daß das sächsische BGB., offenbar in Anlehnung an die kanonisch-rechtliche machinatio, den Fall, daß jemand mit einer dritten Person sich verabredete, seinem Ehegatten nach dem Leben zu trachten, zu einem besonderen öffentlichen trennenden Ehehindernisse verselbständigt hatte.[4])

6. Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875.

Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstands und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 räumte mit diesen Partikulargesetzgebungen durch Bildung einheitlicher Rechtsnormen für das ganze Reichsgebiet beträchtlich auf, indem es wenigstens mit bindender Rechtskraft für sämtliche Gebietsteile des Reichs die Voraussetzungen des Ehehindernisses festlegte.

Es umschrieb seine Grenzen in der Weise, daß es die Ehe zwischen einem wegen Ehebruchs Geschiedenen und seinem Mitschuldigen verbot.[1])

Diese Vorschrift bedeutete teils eine Beschränkung, teils eine Erweiterung der bisher in Kraft gewesenen Territorialgesetze. Im Vergleich zum gemeinen Recht war der Umfang des Eheverbots insofern viel größer geworden, als jetzt nicht bloß gewisse besonders qualifizierte Arten des Ehebruchs, sondern schlechthin jeder Ehebruch reichsgesetzlich als Ehehindernis erklärt war.[2])

Dagegen war dadurch, daß die Ehe wegen des Ehebruchs auch tatsächlich geschieden und dieser im Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt sein mußte[3]), das bisherige Partikularrecht vielfach eingeengt worden; so das preußische Allgemeine Landrecht, das ja den Ehebruch auch ohne Scheidung ehehindernd hatte wirken lassen, wenn er mit Lebensnachstellungen für den hintergangenen Ehegatten verbunden gewesen war;

[3]) Vergl. sächs. BGB. § 1621; dazu Wengler-Brachmann S. 28, 29.
[4]) Vergl. § 1615 sächs. BGB.
[1]) Vergl. § 33 Abs. 1 Ziff. 5 Pers. Ges.
[2]) Vergl. v. Sicherer S. 210 Ziff. 2.
[3]) Vergl. Stölzel im „Standesbeamten" 1876 S. 333.

ebenso das sächsische Recht, das nur ein gerichtliches Geständnis oder gerichtliche Ueberführung zur Voraussetzung des Ehehindernisses gehabt hatte.

Vor allem lag auch darin, daß nur der Ehebruch, und zwar nur vollendeter, als Ehehindernis galt, eine erhebliche Einschränkung der bisherigen Landesgesetzgebungen, insbesondere der preußischen; denn durch diese reichsgesetzliche Vorschrift verlor die Bestimmung des Allg. LR., daß schon verdächtiger Umgang oder die Verursachung sonstiger Mißhelligkeiten unter gewissen Voraussetzungen als trennendes Ehehindernis zu behandeln sein sollte, von selbst seine rechtliche Geltung. Dasselbe Schicksal erlitt auch das sächsische Ehehindernis des § 1615 sächs. BGB.

Ferner ließ das Reichsgesetz von 1875 Dispensation für alle Fälle des Ehebruchs ausnahmslos zu, ein weiterer Vorstoß gegen die Landesrechte. Zugleich hatte es die Frage, zu wessen Zuständigkeit die Nachsichtserteilung gehöre, für das ganze Reichsrecht dahin in einheitlichem Sinne gelöst, daß diese Befugnis nur dem Staate zustehe.[4]) Damit war z. B. § 15 der sächsischen Verordnung vom 9. Januar 1865, der das Recht der Nachsichtserteilung den kirchlichen Behörden zusprach, außer Kraft gesetzt.[5])

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß der Ehebruch, wie aus § 33 Abs. 1 Ziff. 5 des Reichsgesetzes erhellt, nur zwischen dem geschiedenen, untreuen Ehegatten und dessen *Mitschuldigen* ein Ehehindernis sein sollte.[6]) Mitschuldig war hierbei nur, wer bei der Begehung der ehebrecherischen Handlung davon Kenntnis hatte, daß der andere eine verheiratete Person und die Beischlafsvollziehung demzufolge eine Verletzung der ehelichen Treue war.

In Ansehung der rechtlichen *Folgen* einer verbotswidrig geschlossenen Ehe hatte das Reichsgesetz seine Tendenz, das Ehehindernis für das Reichsgebiet einheitlich zu normieren, verlassen und den landesrechtlichen Vorschriften ihre rechtliche Geltung gewahrt.[7]) Offensichtlich wollte es bezüglich dieses Punktes den Territorialrechten keinerlei Beschränkungen auferlegen. Daraus ist zu schließen, daß der Ehebruch in den Teilen des Reichs, wo er kein trennendes Ehehindernis bei Inkrafttreten des Personenstandsgesetzes war, durch dieses auch nicht dazu geworden war. Diese Ansicht vertritt Friedberg, dem sich Sack und Schreiber, auch das Reichs-

[4]) Vergl. § 40 Pers. Ges. von 1875.
[5]) Vergl. Hoffmann I. Bd. S. 13 Anm. zu § 15.
[6]) Vergl. Hinschius S. 119, 120.
[7]) Vergl. § 36 Pers. Ges. von 1875.

gericht angeschlossen haben.[8]) Gegenteiliger Meinung sind, m. E. zu Unrecht, Richter, v. Sicherer, v. Scheurl und auch Hinschius, nachdem er früher die Friedbergsche Anschauung geteilt hatte.[9])

§ 4. Das geltende deutsche bürgerliche Recht.

1) Stellung des BGB.s zum früheren Reichsrecht und zu den Landesrechten.

Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 hat das Ehehindernis beibehalten und ist in der Vereinheitlichung seiner gesetzlichen Normierung noch einen großen Schritt weitergegangen als das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875, an das es sich im allgemeinen anschließt. Es hat nicht nur die Feststellung der Voraussetzungen des Eheverbots, sondern auch die der Rechtsfolgen seiner Nichtbeachtung dem Bereiche der Landesgesetzgebung entzogen und diese Feststellung nach beiden Richtungen hin unter Aufhebung der durch § 36 des Pers. Ges. in Kraft gelassenen partikularrechtlichen Vorschriften selbst und ausschließlich für das ganze Reich in den §§ 1312 und 1328 getroffen.

2) Grundsätzliche Meinungsverschiedenheiten bei Aufnahme des Ehehindernisses ins BGB.

Ueber die prinzipielle Frage, ob man das Ehehindernis des Ehebruchs überhaupt noch länger beibehalten oder aus der Reihe der Ehehindernisse gänzlich ausstoßen sollte, herrschte bei der Bildung des BGB.s ein sehr erbitterter, teilweise mit recht scharfen Waffen geführter Streit, der sich sowohl in den Motiven zum Entwurf des BGB.s, als auch in den Aufzeichnungen über die Beratungen in den Kommissionssitzungen und im Reichstage wiederspiegelt.

Zunächst gingen schon die gutachtlichen Aeußerungen in diesem Punkte sehr weit auseinander. Auf der einen Seite vertrat Radenhausen den Standpunkt, daß es besser wäre, die des Ehebruchs Schuldigen zur Ehe zu zwingen, als ihnen das Heiraten zu verbieten, da sie durch das Eheverbot nur zum Konkubinat gezwungen oder veranlaßt würden und damit allgemein

[8]) Vergl. Friedberg S. 454 § 148 III; Sack S. 17; Schreiber S. 46; RG. in JW. 1897 S. 151 No. 26.

[9]) Vergl. Richter S. 1108, 1109; v. Sicherer S. 251; v. Scheurl S. 225; Hinschius S. 129 Ziff. 5.

Skandal erregten.[1]) Ebenso hatte sich die bayrische Kommission, insbesondere Jakubezky, für das gänzliche Fallenlassen des Ehehindernisses ausgesprochen.[2])

Auf der anderen Seite verfochten Spahn und Uhrig gerade die entgegengesetzte Auffassung, daß das Ehehindernis unbedingt beibehalten und womöglich noch verschärft werden müsse. Uhrig mißbilligte insbesondere, daß der Entwurf, dem die weise Absicht des kanonischen Rechts, das verbrecherische Ziel unerreichbar zu machen, unbekannt sei, nicht diesem Rechtssystem gefolgt sei, sondern moralisch so tief stehe, daß er fast solche Seelen zu begünstigen scheine, die sich aus Ehebruch und Gattenmord nichts machten.[3])

In der Beratung der Kommission für die zweite Lesung wurden gleichfalls sehr schwerwiegende Bedenken gegen die Aufnahme des Ehehindernisses ins BGB. geltend gemacht. Man wies darauf hin, daß es gar nicht im Wesen der Ehe begründet, sondern lediglich eine positive Vorschrift sei, die den Zweck verfolge, von der Begehung des Ehebruchs abzuschrecken und den begangenen Ehebruch zu bestrafen. Sie sei jedoch erfahrungsgemäß nicht dazu geeignet, den ersten Zweck zu erreichen, zumal die Zulässigkeit der Dispensation aus Billigkeitsgründen unvermeidlich gestattet werden müsse. Sei aber der Ehebruch begangen, so werde in zahlreichen Fällen der öffentlichen Sittlichkeit besser damit gedient, daß das Gesetz die Verehelichung der Ehebrecher zulasse, als daß es sie verbiete. Dem Eheverbote sei bei weitem die Auffassung des englischen und amerikanischen Rechts vorzuziehen, wonach der des Ehebruchs schuldige Ehegatte für verpflichtet gelte, seinen Konkumbenten zu heiraten. Es empfehle sich daher, die Entscheidung über die Zulässigkeit einer Ehe zwischen Ehebrechern der Sitte und der Religion zu überlassen.[4])

In der Reichstagskommission über den Entwurf eines BGB.s, sowie bei der ersten Beratung im Plenum des Reichstags wurde zur Begründung der Streichung des Ehehindernisses insbesondere noch vorgebracht, daß es nicht mehr in die heutigen gesellschaftlichen Verhältnisse hineinpasse. Es sei angezeigt, es gänzlich zu beseitigen, um damit das staatliche Verbot des Ehebruchs zu Falle zu bringen. Den modernen Verhältnissen entspreche nur eine freiere Gestaltung der Ehe, bei der die gegenseitige Zuneigung ausschlaggebend sein müsse, nicht aber eine

[1]) Vergl. ZG. IV, 24.
[2]) Vergl. Jakubezky S. 297.
[3]) Vergl. ZG. VI, 597.
[4]) Vergl. Mugdan IV, 696, 697; Prot. IV, 28, 29.

starre Begrenzung des Rechts der Ehe und eine staatliche Erzwingung des Rechts der Ehegatten gegeneinander.[5])

Alle diese für die vollständige Abschaffung des Ehehindernisses angeführten Gründe wurden zwar als erheblich und bis zu einem gewissen Grade berechtigt anerkannt; doch gab schließlich das Herkommen den Ausschlag. Man konnte sich nicht entschließen, wie aus den Motiven und den Berichten der Reichstagskommissionen zu ersehen ist,[6]) von dem bisherigen Rechtszustande grundsätzlich abzuweichen und dem Ehehindernisse den Todesstoß zu geben. So verdankt es seinen Einzug ins BGB. lediglich der Furcht vor dem Vorwurf, daß man hinsichtlich der sittlichen Verurteilung des Ehebruchs einer laxeren Auffassung als das bisherige Recht gehuldigt habe.

3. Der Begriff des Ehebruchs.

Um das Eheverbot, wie es sich im Gefüge des neueren Reichsrechts darstellt, richtig beurteilen zu können, muß man sich vorerst einmal über den in den §§ 1312, 1328 BGB. vorkommenden Begriff des Ehebruchs Klarheit verschaffen.

Die genannten Vorschriften verstehen unter „Ehebruch" dasselbe wie § 1565 BGB., der ihn als einen absoluten Scheidungsgrund erklärt, und wie § 172 StGB. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut, der Terminologie des BGB.s und dem Zusammenhang, in dem die angezogenen Paragraphen miteinander stehen, und ist auch in den Beratungen wiederholt zum Ausdruck gekommen.[1]) Insbesondere war man sich bei der zweiten Lesung darüber einig, daß sich der Begriff des Ehebruchs nach dem jeweiligen Inhalte des Strafgesetzbuches zu richten hätte und ein Unterschied zwischen zivil- und strafrechtlichem Ehebruche nicht gemacht werden dürfe.[2])

Eine begriffliche Bestimmung findet sich freilich weder im bürgerlichen, noch im Strafgesetzbuch. Man ist daher gezwungen, sie aus der Literatur und der Rechtsprechung der deutschen Gerichte zu schöpfen.

Das erste Erfordernis für die Möglichkeit der Begehung eines Ehebruchs ist logischerweise das Bestehen einer Ehe. Doch herrscht in der Literatur ein lebhafter Streit darüber, von welcher

[5]) RTK. 144, 145; Mugdan IV, 1192.
[6]) Vergl. M. IV, 24; RTK. 144, 145; Prot. IV, 28; Mugdan IV, 14, 696 ff., 1192.
[1]) Vergl. M. IV, 582 unten, 583 oben; auch OLG. IV, 403.
[2]) Vergl. Prot. IV, 400; auch Seuff. Arch. 52 S. 293.

Beschaffenheit die Ehe sein müsse, damit sie durch Ehebruch gestört werden könne.

Darin ist man sich einig, daß eine weder in der Form des § 1317 BGB. geschlossene, noch in das Heiratsregister eingetragene Ehe, da sie überhaupt keine Ehe im Rechtssinn ist, nicht gebrochen werden kann, sowie auch darüber, daß eine sowohl formell, als materiell gültig zustande gekommene Ehe durch einen Ehebruch stets verletzt wird.

Wie verhält es sich aber bei den nichtigen [3]) und anfechtbaren [4]) Ehen? Bei Prüfung dieser Frage ist davon auszugehen, wie insbesondere Olshausen betont, [5]) daß der Ehebruch nicht wie das Delikt der Doppelehe (§ 171 StGB.) eine formelle, [6]) sondern eine *materielle* Verletzung der Ehe ist, wie auch v. Liszt, Binding und Frank annehmen. [7])

Darnach ist ein Ehebruch in Ansehung einer *nichtigen*, also bloß formell, nicht materiell bestehenden Ehe ein logischer Widerspruch. Diesen Standpunkt nehmen sämtliche eben genannten Strafrechtler, sowie Endemann ein. [8]) Frank weist zur Begründung noch besonders darauf hin, daß das BGB. auf dem sowohl in § 1252 des ersten Entwurfs ausgesprochenen, als auch vom Gesetz selbst in seinen Konsequenzen anerkannten Gedanken beruhe, daß eine nichtige Ehe als nicht geschlossen gelten solle. Endemann sagt, der nichtigen Ehe komme nicht zu, die angeblichen Ehegatten zur ehelichen Treue zu verbinden; dafür spreche klar § 1326 BGB., aus dem zu schließen sei, daß mit der einer Scheidung folgenden Nichtigkeitserklärung zugleich feststehe, daß keine Ehe vorhanden gewesen sei, die hätte gebrochen werden können.

Diese Auffassung wird vor allem von Engelmann, Unzner, Erler und Sartorius, denen sich Sack und Schreiber angeschlossen haben, bekämpft. [9]) Sie nehmen an, daß eine nichtige Ehe, solange sie noch nicht durch rechtskräftiges Urteil im Wege der Nichtigkeitsklage für nichtig erklärt oder aufgelöst sei, durch Ehebruch verletzt werden könne. [10]) Zur Rechtfertigung ihrer Ansicht berufen sie sich darauf, daß die nichtigen Ehen bis zur Nichtigkeits-

[3]) Vergl. §§ 1323—1329 BGB.
[4]) Vergl. § 1330 ff. BGB.
[5]) Vergl. Olshausen S. 678 Ziff. 2.
[6]) Vergl. Olshausen S. 672 ff.; v. Liszt S. 397; Frank S. 302.
[7]) Vergl. Binding S. 220: v. Liszt S. 399; Frank S. 303 ff.
[8]) Vergl. Olshausen S. 678; Binding, Frank, v. Liszt a. a. O.
[9]) Vergl. Engelmann bei Staudinger S. 51; Erler S. 94; Sartorius S. 259; Unzner bei Planck IV S. 388; Sack S. 21; Schreiber S. 48.
[10]) Auch Mitteis vertritt offenbar diese Auffassung; vergl. Mitteis S. 6 Anm. 8 S. 7.

erklärung oder Auflösung als gültige anzusehen seien, weil die Nichtigkeit bis zu diesem Zeitpunkte nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden könne.

Die Unrichtigkeit dieser Ansicht folgt einerseits aus der von Frank gegebenen Begründung, andererseits aber vor allen Dingen daraus, daß durch § 1329 BGB. an der rechtlichen Tatsache, daß nichtige Ehen von Anfang an keine materielle Gültigkeit besitzen, nicht im mindesten gerüttelt wird. Engelmann speziell [11]) gibt selbst zu, daß dem die Nichtigkeit aussprechenden Urteile lediglich deklaratorische Bedeutung beizumessen sei. Insbesondere ergibt sich auch aus den Motiven, daß die Bestimmung des § 1329 BGB. nur aus der Erwägung heraus getroffen ist, durch die Feststellung der Ehenichtigkeit im Wege eines besonderen Verfahrens widersprechende Urteile zu vermeiden, nicht aber aus dem Grund, um zum Ausdruck zu bringen, daß nichtige Ehen bis zu ihrer Nichtigkeitserklärung gültige seien.[12]) Schließlich können die Gegner für die Richtigkeit ihrer Meinung schwerlich ins Feld führen, daß die nichtigen Ehen mit Rücksicht auf die öffentliche Ordnung und die Sicherheit des Verkehrs in Ansehung des Ehebruchs als gültige zu behandeln seien;[13]) denn der Gesetzgeber selbst steht auf dem Standpunkte, daß der Ehebruch gar kein Angriff gegen die staatliche Einrichtung der Ehe und die öffentliche Ordnung, sondern nur die materielle Verletzung des dem Ehegatten zustehenden Rechts auf eheliche Treue, also ein Eingriff in eine private Interessensphäre ist. Das ersieht man deutlich daraus, daß er den Ehebruch in die Antragsdelikte eingereiht und die Erhebung der Scheidungsklage wie die Stellung des Strafantrags ganz ins Belieben des verletzten Ehegatten gestellt hat. Diese Auffassung ist, wennschon sie, wie Binding sagt,[14]) „seltsamerweise nicht unbestritten" ist, die allgemein herrschende. Sie wird auch im Vorentwurf zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch angenommen und dort noch besonders zur Geltung gebracht, indem sein § 180 sogar die Zurücknahme des Strafantrags für zulässig erklärt.[15])

Bei der anfechtbaren Ehe liegt der Fall anders und einfacher als bei der nichtigen. Da jene im Gegensatz zu dieser, solange sie noch nicht im Anfechtungsverfahren für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, materiell besteht und durch Unterlassung der Anfechtung voll gültig werden kann (§ 1339 BGB.), so ist bei

[11]) Vergl. Engelmann bei Staudinger S. 94.
[12]) Vergl. M. IV, 56 ff.
[13]) Vergl. Staudinger S. 94 Ziff. 2; Erler und Schreiber a. a. O.
[14]) Vergl. Binding S. 220.
[15]) Vergl. DJZ. 1909 S. 1293; 1912 S. 375.

ihr die Begehung eines Ehebruchs möglich. Diese Ansicht wird folgerichtig auch von Binding, v. Liszt, Frank und Olshausen vertreten [16]) und ist überhaupt die allgemein herrschende. [17])

Weiter fragt es sich, ob der Beischlaf des Ehegatten mit einem Dritten unter den Begriff des Ehebruchs fällt, wenn die eheliche Gemeinschaft durch richterliches Urteil aufgehoben worden ist (§ 1575 BGB.). Auch dies ist eine Kontroverse; man wird jedoch die Frage mit Nein beantworten müssen. Es ist zwar im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft regelnden Gesetzesbestimmungen, die Terminologie des Gesetzes und die Möglichkeit jederzeitiger, formloser Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft, wie u. a. Jacobi, Lingenberg und Stemmermann ausführlich begründen, [18]) anzunehmen, daß die Ehe durch die Aufhebung der Gemeinschaft nicht aufgelöst wird. Doch treten mit ihr nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 1586 BGB. die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen ein, somit auch die mit jeder Scheidung notwendig verknüpfte Folge, daß ein Ehebruch nicht mehr möglich ist. Diese letztere Wirkung der Scheidung schließt das Gesetz auch nicht ausdrücklich aus; insbesondere kann man den Ausschluß nicht in der in § 1586 Satz 1 Halbsatz 2 BGB. getroffenen Ausnahmevorschrift erblicken, daß eine neue Ehe während der Dauer der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht geschlossen werden dürfe. Hieraus kann man m. E. nur folgern, daß die Ehe ihren formellen Bestand fortbehält und deshalb auch noch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die formelle Verletzung der Ehe, z. B. durch das Verbrechen der Doppelehe, [19]) möglich ist. Dagegen verliert die Ehe ihren materiellen Inhalt, was insbesondere Schreiber mit Recht hervorhebt; [20]) damit hört auch die Treupflicht und mit ihr die Möglichkeit des Ehebruchs auf.

Dieser Standpunkt wird von einer sehr großen Anzahl von Schriftstellern vertreten. [21]) Doch fehlt es auch nicht an Vertretern der gegenteiligen Ansicht, daß die Ehe während des durch

---

[16]) Vergl. Binding, Frank, v. Liszt und Olshausen a. a. O.

[17]) Vergl. Staudinger S. 51; Erler, Sack und Schreiber a. a. O.; auch Daude S. 178 Anm. 34 zu § 172 StGB.

[18]) Vergl. Jacobi S. 102—104; Lingenberg S. 40—48; Stemmermann S. 15—23; auch Dernburg BGB. S. 108 und Saniter S. 85.

[19]) Vergl. Frank S. 302; Olshausen S. 673.

[20]) Vergl. Schreiber S. 49.

[21]) Vergl. Binding S. 220; v. Liszt S. 399; Frank S. 304; Unzner bei Planck S. 388; Endemann S. 186 Anm. 46 S. 277, 284, insbesonderr Anm. 31; Cosack S. 545; Hedemann in DJZ. 1907 S. 738 ff.; Schmidt S. 780; v. Schneider in Fischer-Henle S. 997; Crome S. 221, 250 ff.; Lingenberg S. 50; Schreiber S. 49; Stemmermann S. 37; Saniter S. 88.

die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geschaffenen Rechtszustands gebrochen werden könne.[22]) So kommt z. B. Friedberg zu dieser Auffassung unter der Annahme, daß die Ehe und mit ihr auch die Treupflicht, die nach seiner Anschauung eine Konsequenz der Ehe, nicht des ehelichen Zusammenlebens ist, fortbestehe.[23]) Dem ist insofern beizupflichten, als die Treupflicht allerdings eine Folge der Ehe ist; sie gehört aber zweifellos zum materiellen Gehalte der Ehe; wenn dieser daher, wie es bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft der Fall ist, verloren geht, so entfällt mit ihm auch das Recht des Ehegatten auf eheliche Treue. Diese Ansicht findet vor allen Dingen durch die Darlegungen Cosacks, Endemanns, v. Liszts und Schreibers Unterstützung. Insbesondere greift auch Stemmermann mit Erfolg die Friedbergsche Anschauungsweise an.[24])

Die Stellungnahme Olshausens zu dieser Kontroverse ist umdeswillen besonders befremdlich, als gerade er mit aller Entschiedenheit die Ansicht vertritt, daß der Ehebruch die materielle, nicht formelle Verletzung des Rechts des Ehegatten auf eheliche Treue sei. In seinem Standpunkt liegt m. E. ein gewisser Widerspruch.[25])

Hamm verschanzt sich dahinter, daß die Pflicht der Ehegatten zur ehelichen Treue bei Aufhebung der Gemeinschaft mit dem Bande der Ehe bestehen bleibe. Diesem Standpunkte tritt mit Recht Hedemann entgegen und betont demgegenüber, daß die Behauptung, die „Pflicht der ehelichen Treue" lebe weiter, nicht dazu ausgenutzt werden dürfe, um über die Anordnung des Gesetzes hinaus auch die Vermeidung des geschlechtlichen Verkehrs außerhalb einer neuen Ehe rechtlich zu fordern.[26])

Für den Begriff des Ehebruchs ergibt sich aus der Begründung zum BGB.[27]) und diesem selbst weiter, daß es keinen Unterschied macht, ob ihn der Mann oder die Frau begeht. Man hat diesen Grundsatz, den bereits das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 zugrunde gelegt hatte, im bewußten Gegensatz zum Code civil Art. 230 beibehalten, dem sich auch das badische Landrecht angeschlossen hatte. Darnach hatte nämlich die Ehefrau nur dann

[22]) Vergl. Olshausen S. 678; Friedberg S. 511 § 158 Anm. 54; Hamm in DJZ. 1907 S. 582 ff.; Engelmann bei Staudinger S. 745 ff.; Erler S. 95; Hinschius-Boschan S. 531.

[23]) Friedberg a. a. O.

[24]) Cosack, Endemann, v. Liszt, Schreiber und Stemmermann a. a. O.

[25]) Vergl. Olshausen S. 678 Anm. 2 Abs. 3 mit S. 677 Anm. 1 Abs. 2.

[26]) Vergl. Hamm mit Hedemann a. a. O.

[27]) Vergl. M. IV, 582, insbesondere Anm. 1.

das Ehescheidungsrecht wegen Ehebruchs ihres Mannes, „lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune". Eine solche verschiedenartige Behandlung des Ehebruchs der Ehefrau und des Ehemanns ist jedoch, wie die Motive mit Recht betonen, nicht zu billigen; denn sie entspricht nicht dem sittlichen Gesamtbewußtsein des deutschen Volkes, das der Frau in der Ehe grundsätzlich eine mit dem Manne gleichberechtigte Stellung einräumt.[28])

Ferner weisen die Motive darauf hin, daß Ehebruch im Sinne des Gesetzes nur der vollendete sei, da nur dieser die im Wesen der Ehe begründete Ausschließlichkeit der Geschlechtsgemeinschaft unwiderbringlich zerstöre.[29]) Der Versuch des Ehebruchs und andere die eheliche Treue verletzende Handlungen fallen hingegen nicht darunter, scheiden daher hier gänzlich aus.[30])

Eine Definition des vollendeten Ehebruchs geben freilich die Motive selbst nicht, sondern nehmen auf die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. IX Nr. 47 Bezug. Aus dem dort abgedruckten Urteile, das eingehende Vergleiche zwischen dem katholischen, protestantischen und geltenden bürgerlichen Eherecht anstellt, kann man die Begriffsbestimmung schöpfen.

Darnach ist der Ehebruch im Rechtssinne die Geschlechtsvereinigung zweier Personen verschiedenen Geschlechts, von denen wenigstens eine mit einer dritten verheiratet ist. Diese Ansicht ist auch in der Literatur allgemein anerkannt und von der Rechtsprechung, insbesondere von der Spruchpraxis des Reichsgerichts, beibehalten worden, wie aus zahlreichen Entscheidungen zu ersehen ist.[31])

Später ist nur noch der Begriff des vollendeten Ehebruchs gegen den des versuchten schärfer abgegrenzt worden, indem vom Reichsgericht ausdrücklich betont worden ist, daß die bloße äußere gegenseitige Berührung der Geschlechtsteile für den Tatbestand des Ehebruchs nicht genüge und der Ehebruchsbegriff niemals weniger als die vollständige fleischliche Vermischung eines Ehegatten mit einer dritten Person anderen Geschlechts erfordere; nebensächlich sei dabei der Samenerguß, wenn nur wenigstens

[28]) Vergl. Mugdan IV, 311, 312.

[29]) Neustadt S. 280 nennt dieses Argument eine Behauptung ohne Inhalt; denn sie wiederlege sich schon dadurch, daß es ja nur der Verzeihung des verletzten Gatten oder nur des Ablaufs einer 6monatigen Frist bedürfe, um die Aufhebung der Gemeinschaft gesetzlich auszuschließen.

[30]) Vergl. M. IV, 583 Ziff. 3; Mugdan IV, 312; Prot. IV, 400.

[31]) Vergl. RG. Entsch. in Zivils. Bd. 38 S. 182; in Straff. Bd. 7 S. 229; 14 S. 202 ff., 353 ff.; 20 S. 226; 21 S. 21; KG. in OLG. IV, 402; OLG. Stuttgart in Seuff. Arch. Bd. 53 S. 426.

der Anfang des Eindringens des männlichen Glieds in den weiblichen Geschlechtsteil gemacht worden sei.[32])

Die Geschlechtsvereinigung muß endlich eine schuldhafte, vom Ehegatten in zurechnungsfähigem Zustande begangene Handlung sein. Vom Ehebruch des Ehegatten kann man daher nicht sprechen, wenn der Ehegatte entweder genotzüchtigt (§ 177 StGB.) oder zum außerehelichen Beischlaf in einem willenlosen oder bewußtlosen oder geisteskranken Zustande mißbraucht (§ 176 Ziff. 2 StGB.) oder durch Vorspiegelung einer Trauung oder Erregung eines Irrtums zur Gestattung des Beischlafs verleitet worden ist (§ 179 StGB.).[33]) Dagegen liegt auf Seiten des Ehemanns Ehebruch vor, wenn er an einer Frauensperson Notzucht verübt oder sie in unzurechnungsfähigem Zustande geschlechtlich gebraucht.[34])

4. Die Voraussetzungen des Ehehindernisses.

a) Ehebruch als Grund der Scheidung der früheren Ehe.

Als erstes erfordert das Ehehindernis des Ehebruchs, daß wenigstens eine der die Eheschließung beabsichtigenden Personen bereits früher einmal verheiratet war und die alte Ehe ausdrücklich wegen Ehebruchs unter diesen Personen durch Richterspruch getrennt worden ist. Es muß also ein Ehebruch, dessen Begriff ich soeben entwickelt habe, den Grund zur Auflösung der früheren Ehe gebildet und nach § 1565 BGB. zu deren Scheidung geführt haben.

Von dem Ehehindernisse kann infolgedessen nicht die Rede sein, wenn die alte Ehe aus irgendeinem anderen Grund und, sei es auch wegen eines dem Ehebruch sehr nahekommenden Verhaltens, geschieden worden ist. Beispielsweise sind alle die Fälle auszuschalten, wo die Scheidung der alten Ehe aus § 1568 BGB. erfolgt ist, weil die Frau die Beziehungen zu einem Manne, mit dem sie vor der Ehe geschlechtlichen Verkehr gepflogen hatte, während der Ehe wieder aufgenommen hatte[1]) oder weil der eine Nupturient unzüchtige Handlungen mit einer dritten Person oder dem anderen Nupturienten selbst, ohne daß es dabei zur Vollziehung des Beischlafs gekommen war, vorgenommen hatte.

[32]) Vergl. RG. Entsch. in Zivils. Bd. 38 S. 182.
[33]) Vergl. M. IV, 583 Ziff. 2; Mugdan IV, 312; auch Frank S. 304.
[34]) Hierzu vergl. Olshausen S. 679; v. Liszt S. 399; Erler S. 96; Bolze Bd. III Ziff. 839; Bd. XIII Ziff. 530.
[1]) Vergl. RG., Urteil vom 25. Februar 1911 (IV 311/10).

Es genügt auch nicht, daß die Ehe wegen dringenden Verdachts gröblicher Verletzung der ehelichen Treupflicht geschieden worden ist.[2]) So hat das Oberlandesgericht zu Stuttgart am 24. Juli 1897 auch für das gemeine Recht in einem Falle entschieden, wo der eine Ehegatte mit einer dritten Person zusammen gewohnt hatte und daher die stärkste Mutmaßung des Ehebruchs vorhanden war.[3]) Anders hingegen liegt es, wenn die Scheidung auf Grund unerlaubten Umgangs, der die dringende Vermutung ehelicher Untreue begründete, nach §§ 670, 673 Allg.LR. II,1 vom Gericht ausgesprochen, dieser unerlaubte Umgang im Scheidungsurteil auch als Grund der Scheidung festgestellt und dieses noch unter der Herrschaft des alten Rechts die Rechtskraft erlangt hat. Hier hat das Kammergericht in einem Beschlusse vom 7. April 1902 dahin erkannt, daß das Ehehindernis vorliege; denn sowohl in der Literatur wie in der Rechtsprechung sei stets allgemein angenommen worden, daß § 673 Allg.LR. II,1 nicht einen besonderen Scheidungsgrund neben dem Ehebruche normiert, sondern nur die Führung des Beweises des Ehebruchs zu erleichtern bezweckt habe; eine Scheidung auf Grund jener Bestimmung bedeute daher nichts anderes als eine Scheidung wegen Ehebruchs.[4])

Ist die frühere Ehe aus einem anderen Grund als Ehebruch geschieden, der klagende Ehegatte aber wegen eines Ehebruchs nach § 1574 Abs. 3 BGB. auf Antrag des beklagten Ehegatten gleichfalls für schuldig erklärt worden, so kann selbst ein solcher Ehebruch, wenn er auch voll bewiesen und im Scheidungsurteil festgestellt wäre, nicht als Ehehindernis wirken; denn hier ist eben die Scheidung nicht wegen dieses Ehebruchs ausgesprochen worden, sondern wegen eines anderen Grundes.

Wenn dagegen der beklagte Ehegatte gegen den klagenden Widerklage wegen eines von diesem begangenen Ehebruchs erhoben hatte und daraufhin alle beide nach § 1574 Abs. 2 BGB. für schuldig erklärt worden sind, weil sowohl die Klage, als auch die Widerklage für begründet befunden worden war, so kommt dem widerklagweise vorgebrachten Ehebruch und, falls die Klage gleichfalls auf Ehebruch gestützt war, auch diesem ehehindernde Bedeutung zu.[5])

---

[2]) Vergl. RG. in JW. 00 S. 517; 03 Beil. 127 No. 285; in Warneyers Jahrb. 1911 No. 87; im „Recht" 1913 No. 1609.

[3]) Vergl. Seuff. Arch. Bd. 53 S. 425 ff. und Jahrb. der württemberg. Rechtspflege Bd. X S. 102.

[4]) Vergl. KG. in OLG. IV, 402 ff.; hierzu Gruchot 24 S. 496; 31 S. 938 ff.

[5]) Vergl. Engelmann bei Staudinger S. 51; Erler in RGR.-Kom. S. 18; Unzner bei Planck IV S. 34 Anm. c.

Im übrigen macht es keinen Unterschied, ob der Ehebruch den alleinigen Scheidungsgrund gebildet hat oder neben ihm noch andere berücksichtigt worden sind.[6])

b) Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft der früheren Ehe.

Das BGB. verleiht dem Ehebruch nicht schlechthin und lediglich um seinetwillen die Wirkung eines Ehehindernisses, sondern nur in Verbindung mit dem Umstand, daß seinetwegen die frühere Ehe tatsächlich geschieden, d. h. durch gerichtliches, rechtskräftiges Urteil aufgelöst worden ist.

Ein Ehebruch also, dessentwegen der verletzte Ehegatte gar nicht auf Scheidung klagt, die Auflösung der Ehe daher überhaupt nicht erfolgt, ist kein Ehehindernis und steht der Verheiratung der Ehebrecher nach dem Tode des treuen Gatten nicht entgegen, wäre er auch unter den sittlich verwerflichsten Begleitumständen verübt worden.

Wenn ferner der hintergangene Ehegatte entweder noch vor Erhebung der wegen Ehebruchs beabsichtigten Scheidungsklage oder im Laufe des wegen Ehebruchs schwebenden Scheidungsprozesses stirbt, so kommt dem in Frage kommenden Ehebruch ebenfalls keine prohibitive Wirkung zu; es gibt nicht einmal in diesen Fällen eine Möglichkeit, das Ehehindernis des § 1312 BGB. zu begründen, selbst wenn der Ehebruch noch so offenkundig wäre. Denn im ersten Fall ist es gar nicht zu einem Ehescheidungsverfahren gekommen, und bei der zweiten Alternative greift § 628 ZPO. ein, wonach der Rechtsstreit bei Tod eines der Ehegatten vor der Rechtskraft des Urteils in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen ist. Das gilt daher sogar dann, wenn zwar die Scheidung vom Prozeßgericht wegen Ehebruchs bereits ausgesprochen worden ist, aber das Urteil zur Zeit des Todes der einen Partei noch nicht Rechtskraft erlangt hat, mag der Ehebruch auch ordnungsgemäß nach § 624 ZPO. im Urteil festgestellt worden sein.[1])

Ebensowenig kann ein Ehebruch, obschon er für erwiesen anzusehen sein mag, die Wirkung eines Ehehindernisses erlangen, falls das Scheidungsbegehren dadurch gegenstandslos wird, daß die zu scheidende Ehe noch vor der Rechtskraft[2]) des Scheidungs-

[6]) Vergl. Erler S. 38.
[1]) Vergl. Stein II. Bd. S. 269.
[2]) Nicht ganz korrekt Schreiber S. 54 („vor Erlaß des Scheidungsurteils").

urteils im Wege der Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage für nichtig erklärt wird.

Schließlich ist die Frage zu erörtern, ob der Scheidung die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hinsichtlich des Eheverbots des § 1312 BGB. gleichzuachten ist und ob dieses auch durch ein rechtskräftiges Urteil, das wegen Ehebruchs auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft lautet, begründet wird. Diese Frage ist zunächst ohne praktische Bedeutung, solange der unschuldige Ehegatte noch am Leben ist, da ja die Eingehung einer neuen Ehe während der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ausgeschlossen ist. [3])

Brennend wird sie erst dann, wenn der treue Ehegatte vor dem schuldigen stirbt und dieser eine neue Ehe mit seinem Beischläfer schließen will. Für diesen Fall wird aber die Frage zu bejahen sein. Denn nach § 1586 BGB. treten mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Wirkungen der Scheidung und, da man das Ehehindernis des § 1312 BGB. als eine Folge sowohl des Ehebruchs, wie der Scheidung ansehen muß, [4]) insbesondere auch die im § 1312 BGB. an die Scheidung geknüpften Rechtswirkungen ein. Der zu demselben Ergebnisse führenden Ansicht des Kammergerichts, daß das Eheverbot lediglich eine rechtliche Folge der Scheidung sei, [5]) kann ich mich nicht anschließen, weil der Ehebruch neben der Scheidung doch ebenso wie diese als ursächlicher Faktor für das Ehehindernis in Betracht kommt. Andererseits halte ich es im Hinblick auf die im Eingang dieses Abschnitts dargelegte Bedeutung der Scheidung für das Ehehindernis nicht für haltbar, dieser jegliche kausale Wirksamkeit abzusprechen und das Eheverbot als eine Wirkung des Ehebruchs allein hinzustellen, wie Sartorius und mit ihm Sack und Schreiber, offenbar auch Engelmann, Haidlen und Boschan annehmen. [6])

Ebenso ist m. E. die Ansicht Neustadts zu verwerfen, daß die Wirkung des § 1312 BGB. zwar zu den Wirkungen der Scheidung zu rechnen sei, aber bei Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft trotz des im § 1586 Satz 1 Halbs. 1 BGB. ausgesprochenen Grundsatzes „der Natur der Sache nach" ausgenommen sei; denn einmal sei die alte Ehe nicht aufgelöst, dann

[3]) Vergl. § 1586 Satz 1 Halbs. 2 BGB.
[4]) Dernburg BGB. S. 55 scheint auch dieser Ansicht zu sein.
[5]) Vergl. KG. in OLG. IV, 403 ff.
[6]) Vergl. Sartorius S. 259 ff.; Sack S. 25; Schreiber S. 53; Engelmann bei Staudinger S. 51; Haidlen S. 16 Anm. 16; Hinschius-Boschan S. 531.

aber würde, da bei Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft die mit der Aufhebung verbundenen Scheidungswirkungen fortfielen, Bestand und Untergang des im öffentlichen Interesse gegebenen Eheverbots in die Hände der Ehegatten gelegt sein.[7]) Dem ersten Argument ist entgegenzuhalten, daß die in § 1312 BGB. normierte Scheidungswirkung naturgemäß erst eintreten kann, wenn die Ehe vollständig beseitigt und dadurch für die Schließung einer neuen Ehe Raum geschaffen ist. Erst das ist der Zeitpunkt der Geburt der an das Aufhebungsurteil nach Maßgabe der §§ 1586 Satz 1 Halbs. 1, 1312 BGB. sich knüpfenden prohibitiven Wirkung. Der zweite Beweisgrund ist schon um deswillen nicht stichhaltig, als ja der verletzte Ehegatte nach § 1575 BGB. die Wahl zwischen der Klage auf Scheidung und der Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hat, demnach auf ganz gesetzlichem Wege durch Erhebung der letzteren das Ehehindernis des Ehebruchs willkürlich ausschließen könnte. Eine solche Willkür der Ehegatten über den Bestand und Wegfall des im öffentlichen Interesse gegebenen Eheverbots kann jedoch, um mit Neustadt zu sprechen, nicht im Sinne des Gesetzes liegen.

Außer den eben Genannten hat früher auch Erler den entgegengesetzten Standpunkt, daß die rechtskräftig ausgesprochene Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft keine ehehindernde Kraft äußern könne, eingenommen, neuerdings jedoch die Kontroverse unter Hinweis auf § 1586 BGB. bejaht und ausdrücklich erklärt, daß er seine frühere Ansicht nicht aufrecht erhalten könne. Insbesondere betont er, daß der Ehebrecher im Falle der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft keinesfalls günstiger als bei Scheidung der Ehe gestellt sein dürfe.[8]) Unzner steht ebenfalls auf diesem Rechtsstandpunkt, offenbar auch Saniter, der das Ehehindernis auch als Wirkung der Scheidung behandelt und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, abgesehen von den im Gesetz besonders gemachten Ausnahmen, in jeder Beziehung wie die Scheidung wirken läßt.[9])

c) Feststellung dieses Ehebruchs im Scheidungsurteile.

Der Ehebruch, den der schuldige Ehegatte mit dem an der Eingehung der neuen Ehe beteiligten Dritten begangen hat, muß in dem Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt

[7]) Vergl. Neustadt S. 180, 181.

[8]) Vergl. Erler in seinem „Ehescheidungsrecht" S. 37 mit RGR.-Kom. S. 18.

[9]) Vergl. Unzner bei Planck IV S. 34 und Saniter S. 33 bis 35, 87.

sein. Es muß also im Urteile klar zum Ausdruck gebracht sein, daß die alte Ehe gerade wegen dieses Ehebruchs getrennt und durch ihn das eheliche Zusammenleben unmöglich gemacht worden ist.

Diese Vorschrift kannte das frühere Reichsrecht noch nicht, sondern sie ist eine Neuerung des BGB.s. Wie es in den Motiven heißt,[1]) ist sie im Interesse der Erleichterung der Geschäftsführung der Standesbeamten und der Sicherstellung des Eheverbots aufgestellt worden und entspricht dem der Zivilprozeßordnung zugrunde liegenden Prinzipe der Mündlichkeit, mit dem eine nachträgliche Feststellung der Voraussetzungen des Eheverbots auf Grund der Akten nicht vereinbar ist. Bei der zweiten Lesung führte man als weiteren Grund an, daß nur durch Aufstellung dieses Erfordernisses eine feste Grundlage für das Ehehindernis gewonnen werde und manche skandalösen Prozesse dadurch vermieden würden.[2])

Auch mit Rücksicht auf den Strafrichter ist ein deutlicher Ausspruch des Zivilrichters nötig; denn der Strafrichter kann bei Anwendung des § 172 StGB.s auf Schwierigkeiten stoßen, wenn ihn das von ihm auf die Identität des zivilen und kriminellen Klagfundaments auszulegende Scheidungsurteil im Stiche läßt, weil die Feststellung in diesem Urteil nicht bloß für das Ehehindernis, sondern zugleich auch für die Statthaftigkeit der Bestrafung des Ehebruchs die notwendige Vorbedingung bildet.[3])

Im Einklange mit diesen Erwägungen weist die Zivilprozeßordnung den Ehescheidungsrichter in § 624 ausdrücklich an, wenn er wegen Ehebruchs auf Scheidung erkennt und sich aus den Verhandlungen ergibt, mit welcher Person der Ehebruch begangen worden ist, diese Person in dem Scheidungsurteile festzustellen.[4]) Der Richter muß darnach im Urteil die Personenfrage erörtern; das verlangt einerseits seine Pflicht, das Ergebnis der Verhandlungen vollständig zu würdigen, andererseits der vom Gesetzgeber gewollte Zweck, mit dieser Bestimmung die Durchführung des Eheverbots zu sichern. Voraussetzung ist natürlich, daß der Dritte seiner Person nach überhaupt ermittelt werden kann.[5])

In welcher Instanz die Feststellung erfolgt, ob in dem erstinstanzlichen, die Scheidung aussprechenden oder erst in dem die

[1]) Vergl. M. IV, 24; Mugdan IV, 14.
[2]) Vergl. Prot. IV, 29; Mugdan IV, 1141.
[3]) Vergl. RG. Entsch. in Strafs. Bd. IV S. 334; Binding S. 223.
[4]) Vergl. M. IV, 25, 609; Prot. IV, 437; VI, 679; Denkschrift z. ZPO. S. 81.
[5]) Vergl. Erler S. 37, 230 ff.; Stein II. Bd. S. 261.

Berufung verwerfenden, zweitinstanzlichen Urteil, das ist völlig belanglos.[6])

Ferner bestehen keine Vorschriften darüber, an welcher Stelle des Scheidungsurteils der Ehebruch festgestellt werden muß. Nur § 1450 des ersten Entwurfs zum BGB. hatte bestimmt, daß der Ehebruch als Scheidungsgrund und die Person des Konkumbenten in der Urteilsformel bezeichnet werden sollte. Man hat jedoch diese Bestimmung, die im Gegensatz zum § 624 ZPO. nur den Charakter einer Ordnungsvorschrift an sich trug[7]) und die Erleichterung des Dienstes der Standesbeamten gar zu sehr im Auge hatte, nicht ins BGB. und in dieser Gestalt überhaupt nicht in das geltende Rechtssystem aufgenommen. Dabei hatte man wohlweislich erwogen, daß die Rücksicht auf die Person des Dritten den Interessen der Standesbeamten nicht ganz hintan gestellt werden dürfe; denn der Dritte, dem gegen das Scheidungsurteil kein Rechtsmittel zustehe, könne durch Bezeichnung seiner Person im Urteilstenor sehr leicht in eine mißliche Lage geraten, namentlich in dem Falle, wo der wirkliche Schuldige einen falschen Namen angenommen habe.[8])

Sonach braucht die Feststellung nicht unbedingt im entscheidenden Teile des Urteils zu geschehen; denn da das Gesetz nur von „Urteil" spricht, so kann sie unstreitig auch in den Entscheidungsgründen erfolgen, die ja nach § 313 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO. ein Bestandteil des Urteils sind und zur Auslegung des Tenors regelmäßig herangezogen werden. Insbesondere führen die Motive zu diesem Punkt aus, daß von dem zufälligen Umstand, ob die Feststellung im entscheidenden oder begründenden Teile des Urteils getroffen sei, die materielle Wirkung des Eheverbots nicht abhängig gemacht werden dürfe.[9])

Doch muß — und das hebt auch die Begründung zum Entwurf eines BGB.s ausdrücklich hervor — eine wirkliche Feststellung vorliegen. Solche in den Entscheidungsgründen enthaltenen Aeußerungen, die nicht die Eigenschaften einer beabsichtigten Feststellung besitzen, genügen daher nicht, um das Ehehindernis ins Leben zu rufen.[10]) Diese Ansicht ist vor allen Dingen vom Kammergericht wiederholt in seinen Entscheidungen vertreten worden,

[6]) Vergl. RG. Entsch. in Straff. Bd. XXI S. 22.
[7]) Vergl. Stein II. Bd. S. 261.
[8]) Vergl. Prot. IV, 437; Begr. z. ZPO. S. 131; Komm.-Ber. d. RT. zur Ziv. Proz. Nov. S. 159.
[9]) Vergl. M. IV, 25, 609; Prot. IV, 437; Mugdan IV, 14.
[10]) Motive a. a. O.

aber auch vom Oberlandesgericht zu Hamburg in einer Entscheidung vom 2. November 1900.[11])

Da die Feststellung vom Gericht auch in den Gründen des Scheidungsurteils getroffen werden kann, so darf sich der Standesbeamte bei Abschließung der neuen Ehe, falls sich aus dem ihm vorliegenden Urteilstenor die Scheidung der alten Ehe wegen Ehebruchs, nicht jedoch die Person des Konkumbenten ergibt, nicht darauf beschränken, bloß den entscheidenden Teil des Urteils zu lesen, sondern er muß sich die Mühe nehmen, auch in den Entscheidungsgründen darnach zu suchen, ob die Person des Konkumbenten aus ihnen hervorgeht. Denn diese Pflicht liegt ihm ob.[12])

Im übrigen aber hat er weder die Verpflichtung, noch das Recht, selbständig Erkundigungen anzustellen; insbesondere fehlt ihm jede Möglichkeit und Macht, eine nachträgliche Beweisaufnahme darüber, ob der Verlobte des zur neuen Ehe schreitenden, schuldigen Ehegatten dessen Konkumbent sei, zu veranstalten oder auch nur zu veranlassen. Die Feststellung des Ehescheidungsgerichts ist für ihn schlechthin bindend und unantastbar, und ein Gegenbeweis gegen sie ist ausgeschlossen. Deshalb darf er seine Mitwirkung bei der Schließung der neuen Ehe selbst dann nicht verweigern, falls er zwar die Person des Dritten nicht aus dem Urteile ersehen kann, jedoch aus einer anderen sicheren Quelle die Kenntnis hat, daß der vor ihm stehende Verlobte des schuldigen Ehegatten für den urteilsmäßig festgestellten Ehebruch als beteiligter Dritter in Betracht kommt.[13])

Die vom Gericht unterlassene Feststellung kann höchstens im Wege des Ergänzungs- und Berichtigungsverfahrens (§§ 319 bis 321 ZPO.) nachträglich erreicht werden. Eine andere Möglichkeit gibt es nicht; speziell kann in der Revisionsinstanz die Feststellung wegen der Vorschrift des § 561 ZPO. nicht mehr geschehen, ebensowenig im Läuterungsverfahren.[14])

Auch die Einlegung der Berufung lediglich zu dem Zweck, um im Wege der Widerklage für den Gegner das Eheverbot herbeizuführen, ist unzulässig. So hat das Oberlandesgericht zu Nürnberg am 23. September 1907 entschieden,[15]) und auch das Reichsgericht hat in

[11]) Vergl. OLG. I, 445; II, 147 ff.; XVII, 267.
[12]) Vergl. KG. in OLG. II, 147 ff.; auch v. Sicherer S. 215 ff.; Schmidt S. 55.
[13]) Vergl. RG. Entsch. in Zivils. Bd. XXX S. 144 ff.; OLG. V, 393 ff. (Hamburg); OLG. Hamburg im „Recht" 1903. No. 190 und 796; Endemann S. 187 Anm. 47; RG. in JW. 1893 S. 47.
[14]) Vergl. Stein II. Bd. S. 261; Erler S. 37.
[15]) Vergl. Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayr. 1907 S. 459.

einem Urteil durchblicken lassen, daß es diesen Standpunkt einnimmt. Es hat insbesondere noch darauf hingewiesen, daß dem wegen Ehebruchs auf Scheidung klagenden Ehegatten kein eigenes, im Prozesse verfolgbares Recht zustehe, dem schuldigen Teil aus § 1312 BGB. die Wiederverheiratung unmöglich zu machen. Denn dieses Eheverbot sei lediglich im öffentlichen Interesse erlassen; das erhelle schon daraus, daß die dem Verbote zuwider geschlossene Ehe im § 1328 BGB. mit Nichtigkeit bedroht sei und daß nach § 632 ZPO. dem schuldlosen Gatten der ersten Ehe nicht einmal ein Klagrecht gegeben sei, womit er die Nichtigkeit der zweiten, verbotswidrig geschlossenen Ehe geltend zu machen imstande wäre. [16])

5. Umfang des Ehehindernisses.

Das Eheverbot greift nicht etwa so weit, daß die Ehebrecher überhaupt nicht oder nicht wieder heiraten könnten, sondern es beschränkt sich, wie der Gesetzestext, die Motive und die Aufzeichnungen über die Beratungen deutlich ergeben, [1]) lediglich auf den wegen Ehebruchs geschiedenen, schuldigen Ehegatten und die Person, mit der er den Ehebruch begangen hat. Nur diesen beiden ist auf Grund des Ehehindernisses untersagt, eine Ehe miteinander einzugehen.

Dagegen steht es ihnen völlig frei, sich mit irgendeiner anderen Person zu verheiraten; so kann der untreue Ehegatte den schuldlosen Ehegatten, von dem er wegen eines im Urteil konstatierten, mit einem Dritten begangenen Ehebruchs geschieden worden war, erneut heiraten. Es kann auch vorkommen, daß sich die Ehegatten im Scheidungsverfahren gegenseitig mehrere Fälle von Ehebruch vorgeworfen haben, jedoch nur ein Teil davon im Scheidungsurteil unter namentlicher Bezeichnung der im einzelnen daran beteiligten dritten Personen durch das Gericht festgestellt worden sind. Hier ist keiner der Ehegatten behindert, mit einer der Personen, mit denen er einen vom anderen Ehegatten vor Gericht zwar behaupteten, jedoch nicht urteilsmäßig festgestellten Ehebruch verübt hat, nach Auflösung der alten Ehe eine neue zu schließen. [2])

Aus diesen Darlegungen ergibt sich, daß das Ehehindernis seinem Umfange nach lediglich ein *relatives* ist. [3])

[16]) Vergl. RG. Entsch. in Zivils. Bd. 55 S. 244 ff.
[1]) Vergl. Mugdan IV, 14, 696 ff., 1141.
[2]) Vergl. M. IV, 35.
[3]) Vergl. u. a. Ubbelohde S. 119.

Daß der Dritte an der Begehung des Ehebruchs mitschuldig sein müsse, verlangt das geltende Reichsrecht im Gegensatz zum früheren nicht mehr.[4]) Das ist die allgemein herrschende Ansicht und insbesondere auch vom IV. Zivilsenate des Reichsgerichts in einem Urteile vom 30. September 1901 unzweideutig ausgesprochen worden.[5])

Freilich hat es bei der Beratung über das BGB. nicht an Stimmen gefehlt, die für die alte Wortfassung eintraten. Bei der zweiten Lesung wurde sogar ein dahingehender Antrag mit der Begründung gestellt, daß der schuldlose Dritte durch die Unzulässigkeit der Eheschließung ungerechter Weise bestraft würde. Diesem Antrag ist jedoch nicht entsprochen worden, weil man der Ansicht war, daß in dem Urteil die Schuld des Konkumbenten nicht festgestellt werden könne[6]) und es auch nicht angehe, die Prüfung der Schuldfrage dem Standesbeamten aufzuerlegen.[7])

Durch diese Neuerung hat das BGB., indem es die Tendenz verfolgte, den Standesbeamten ihren Dienst leichter zu machen, das Anwendungsgebiet des Eheverbots ganz entschieden erweitert. Denn durch diese streng formelle Zuspitzung der Erfordernisse des Ehehindernisses sind in dessen Geltungsbereich alle die Fälle noch einbezogen worden, wo der Dritte bei der Beischlafsvollziehung von der Existenz der Ehe des anderen Beischläfers überhaupt nichts wußte oder aus einem sonstigen Grunde strafrechtlich nicht verantwortlich gemacht werden kann.[8])

Dadurch kommt es, daß das Eheverbot für den schuldlosen Dritten bisweilen gewisse Härten im Gefolge hat, was u. a. Kimmig in seiner Abhandlung hervorhebt[9]) und bei der ersten Beratung im Plenum des Reichstags nochmals zur Sprache gekommen war.[10])

6. Wirkung des Ehehindernisses.

Wie ich bereits früher kurz angedeutet habe, ist das BGB. in der Frage, welche Wirkung dem Ehehindernisse zukommt, den Landesgesetzgebungen gegenüber nicht bei dem indifferenten Stand-

[4]) Vergl. § 1312 Abs. 1 BGB. mit § 33 Abs. 1 Ziff. 5 Pers.-Ges.; dazu Hinschius-Boschan S. 531 und Sauer S. 66.

[5]) Vergl. RG. in JW. 1901 S. 806 No. 17 und Entsch. in Zivils. Bd. 49 S. 85.

[6]) Mit Recht weist Friedberg in Deutsch. Zeitschr. für Kirchenrecht Bd. V S. 372 Anm. 1 auf die Unbegründetheit dieser Erwägung hin.

[7]) Vergl. Prot. IV, 29; VI, 265.

[8]) Vergl. Dernburg BGB. S. 55, wo auch ein Beispiel angeführt ist.

[9]) Vergl. Kimmig in JW. 1913 S. 74.

[10]) Vergl. Mugdan IV, 1192.

punkte des § 36 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 stehen geblieben, sondern hat die dort noch in Geltung gelassenen Reste territorialer Rechtszersplitterung in Trümmer geschlagen und an ihre Stelle ein einheitliches, für das ganze Gebiet des deutschen Reichs geltendes Recht gesetzt.

Maßgebend ist § 1328 BGB., wo bestimmt ist:

> „Eine Ehe ist nichtig, wenn sie wegen Ehebruchs nach § 1312 verboten war.
>
> Wird nachträgliche Befreiung von der Vorschrift des § 1312 bewilligt, so ist die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen."

Uebersieht also der Standesbeamte bei der Schließung der Ehe zwischen Ehebrechern das Ehehindernis, so versagt die Rechtsordnung dieser Verbindung, obwohl sie als Ehe von den Beteiligten gewollt und auf volle Lebensgemeinschaft gerichtet ist, trotzdem die Anerkennung als Ehe. Das BGB. hat demnach das Ehehindernis seiner rechtlichen Wirkung nach zu einem öffentlichen, trennenden ausgestaltet. [1])

Der Entwurf hatte ihm in § 1237 den Charakter eines lediglich aufschiebenden Ehehindernisses verliehen; denn in dem die Gründe der Ungültigkeit der Ehe aufzählenden § 1250 des Entwurfs war § 1237 nicht mit aufgeführt. Um aber dem Eheverbote gehörigen Nachdruck zu geben, sollte in das Einführungsgesetz die Vorschrift aufgenommen werden:

> „Mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder Gefängnisstrafe bis zu einem Jahre wird bestraft, wer gegen das Verbot des § 1237 BGB. eine Ehe schließt."

Diese Normierung wurde ganz verschieden aufgenommen; manche billigten sie, z. B. Jakubezky [2]), viele verwarfen sie. [3]) So wendete sich besonders Hinschius scharf dagegen; er tadelte vor allem, daß das Recht mit der Qualifikation des Ehebruchs als eines aufschiebenden Ehehindernisses die sittliche Schuld des Ehebrechers zu gering taxieren und damit gegen die Rechtsanschauungen vieler Kreise der evangelischen und katholischen Kirche verstoßen würde; auch bildeten die angedrohten Strafen, namentlich bei vermögenden Angeklagten, kein wirksames Gegenmittel gegen die Zerrüttung der Ehen. [4])

[1]) Vergl. Ubbelohde S. 117.
[2]) Vergl. Jakubezky S. 297.
[3]) Vergl. ZG. IV, 25 (Gierke, Rathmann, Hinschius).
[4]) Vergl. Hinschius im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74 S. 66, 67 und in ZG. IV, 25.

Die Kommission für die zweite Lesung lehnte sich an die gutachtlichen Aeußerungen,[5]) die u. a. von Gierke, Hinschius, Rathmann, Spahn und Uhrig erstattet worden waren, und an die Wünsche der Regierungen Preußens, Badens, Hessens und Mecklenburgs an und beschloß, abweichend vom Entwurfe den Ehebruch als trennendes Ehehindernis anzuerkennen. Von einer Bestrafung der Nichtbeachtung des Verbots sah man dagegen ab.[6])

Man ging hierbei davon aus, daß man sich, nachdem man sich im Prinzip zur Beibehaltung dieses Ehehindernisses entschlossen hätte, auch nicht der Halbheit schuldig machen dürfe, es als ein nur aufschiebendes zu gestalten. Auf alle Fälle wollte man einer bedenklichen Abschwächung der Wirksamkeit des Ehehindernisses vorbeugen, war sich dabei jedoch darüber klar, daß die Gestaltung des Ehebruchs zu einem lediglich aufschiebenden Ehehindernisse seine Bedeutung gleichwohl nicht zu Falle gebracht hätte, da ja nach den Vorschriften des Entwurfs regelmäßig die Beachtung des Ehehindernisses durch den Standesbeamten sichergestellt und auf die verbotswidrige Eheschließung eine Strafe angedroht gewesen wäre.

Vor allem war man auch bestrebt — und hierin ist wohl das wichtigste Motiv zu erblicken —, sich von dem Stande der bisher in Kraft gewesenen Partikularrechte, die zum überwiegenden Teil dem Ehebruche die Wirkung eines trennenden Ehehindernisses beigelegt hatten, nicht allzu weit zu entfernen.[7])

Da sich die Eheschließung, rechtlich betrachtet, als ein Rechtsgeschäft darstellt, so würden an sich auf die gegen das Eheverbot abgeschlossene Ehe, da § 1328 Abs. 1 BGB. sie mit Nichtigkeit bedroht, die allgemeinen Grundsätze über Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte Anwendung finden müssen. Jedoch hat diese Nichtigkeit des § 1328 Abs. 1 BGB. mit Rücksicht auf das an das Institut der Ehe sich knüpfende, öffentliche Interesse im Gesetz eine besondere Regelung in § 1329 BGB. erfahren.[8]) Darnach kann die Ehenichtigkeit, bis die Ehe aufgelöst oder für ungültig erklärt ist, nicht incidenter, sondern nur mit der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Dem Gedanken, daß die Ehe materiell nichtig ist, wird dabei durch die zivilprozessuale Bestimmung Rechnung getragen, daß nicht nur jeder Ehegatte und der Staatsanwalt, sondern auch jeder Dritte, dem im Falle der Nichtigkeit ein An-

[5]) Vergl. ZG. IV, 25; 6, 597.
[6]) Vergl. Prot. IV, 28, 29; Mugdan IV, 696, 697.
[7]) Vergl. Prot. IV, 28, 29; Mugdan IV, 697.
[8]) Vergl. M. IV, 44; Mugdan IV, 25.

spruch zusteht oder im Falle der Gültigkeit eine Verpflichtung obliegt, das Prozeßführungsrecht für diese Klage hat.[9])

Die Nichtigkeit einer verbotswidrig geschlossenen Ehe ist auch noch insofern eigenartig gestaltet, als sie durch die Befreiung von dem Ehehindernisse, über die später eingehender zu sprechen sein wird, geheilt werden kann.[10]) Eine solche Sondervorschrift schien aus praktischen Gründen wegen des gesetzlich formalisierten Tatbestands der Eheschließung angezeigt. Denn ohne sie würde durch Anwendung der allgemeinen Grundsätze ein ganz unhaltbarer Rechtszustand bestehen, weil einerseits die beiden Eheschließenden nach § 141 BGB. gar nicht die Möglichkeit hätten, die nichtige Eheschließung zu einer gültigen zu machen, andererseits auch die Bewilligung der Befreiung mangels einer besonderen Rechtsnorm an der Tatsache der Nichtigkeit nichts ändern würde.

Das einzige Mittel, einen nichtigen Vertrag zu einem gültigen zu machen ist nach § 141 Abs. 2 BGB. die Bestätigung beider Kontrahenten; die Bestätigung aber würde in unserem Falle, da sie nur wirksam ist, wenn sie allen Erfordernissen des bestimmten Rechtsgeschäfts entspricht,[11]) mit der nochmaligen, unter Beobachtung der Förmlichkeiten des § 1317 BGB. vorzunehmenden Eheschließung zusammenfallen.

Dem mißlichen Zustande, daß die Ehebrecher bis zu diesem erneuten Eheabschluß in einer von der Rechtsordnung als Ehe nicht anerkannten Verbindung gelebt hätten, würde mangels der rückwirkenden Kraft der Bestätigung trotzdem nicht abgeholfen sein. Um diesen Rechtserfolg herbeizuführen und eine Wiederholung des Eheschließungsaktes zu vermeiden, war es geboten, die Nichtigkeit der zwischen Ehebrechern verbotswidrig geschlossenen Ehe durch Erteilung der Befreiung vom Ehehindernisse rückwirkend konvaleszieren zu lassen.

7. Erlöschen des Ehehindernisses.

Das Ehehindernis geht weder durch Zeitablauf, noch durch den Tod oder die Wiederverheiratung des schuldlosen Ehegatten, noch dadurch unter, daß der untreue Ehegatte oder sein Beischläfer nach der Scheidung der alten inzwischen eine neue Ehe mit einer anderen Person eingegangen war und diese bereits wieder aufgelöst worden ist.[1])

[9]) Vergl. § 632 ZPO; dazu Stein II. Bd. S. 272 ff.
[10]) Vergl. § 1328 Abs. 2 mit § 1312 Abs. 2 BGB.
[11]) Vergl. Strohal S. 374.
[1]) Vergl. Unzner bei Planck IV S. 35; Hinschius-Boschan S. 531 ff.

Wie verhält es sich, wenn eine nichtige Ehe, deren Nichtigkeit nicht im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht worden ist,[2]) oder eine bloß anfechtbare Ehe wegen Ehebruchs rechtskräftig geschieden wird? Hier wird in beiden Fällen das Ehehindernis durch das Scheidungsurteil, vorausgesetzt, daß die sonstigen Erfordernisse vorhanden sind, als aufschiebendes begründet, auch im ersten Fall; denn obschon vom Scheidungsrichter irrtümlich ein Ehebruch angenommen worden war, so muß sich der Standesbeamte doch unbedingt an die Feststellung im Scheidungsurteile halten und den zur Eingehung einer neuen Ehe schreitenden Ehebrechern, weil das Ehehindernis formell vorliegt, seine Mitwirkung verweigern.

Wenn aber nun nach Auflösung der Ehe ein deren Nichtigkeit aussprechendes, rechtskräftiges Urteil ergeht,[3]) so ist die Scheidung, wie Mitteis sagt,[4]) eine gegenstandslose und fallen infolgedessen die Wirkungen, die mit ihr bisher verbunden waren, nach rückwärts hin zusammen, insbesondere auch das Ehehindernis des Ehebruchs, das an die Scheidung in diesem Falle nach § 1312 BGB. geknüpft war. Es geht auch noch aus dem Grund unter, weil der scheinbar begangene Ehebruch, der ein wesentliches Tatbestandsmerkmal des Ehehindernisses bildete, seine Qualifikation als solcher durch die Nichtigkeitserklärung verliert.[5])

Auch Erler bekennt sich ausdrücklich zu dieser Auffassung, während die anderen Schriftsteller den erörterten Fall in ihren Abhandlungen mit Stillschweigen übergehen.[6])

Diese den Untergang des Ehehindernisses herbeiführenden Gründe sind zwar im Gesetz nicht besonders erwähnt, aber zum Teil selbstverständlich, zum Teil auch aus den geltenden Rechtsgrundsätzen im Wege logischen Denkens abzuleiten. Das BGB. nennt expressis verbis nur einen einzigen derartigen Grund, das ist die Befreiung,[7]) und zwar in § 1312 Abs. 2 mit den Worten:

„Von dieser Vorschrift (§ 1312 Abs. 1) kann Befreiung bewilligt werden."

Gegen die Aufnahme dieser Vorschrift ins BGB. waren viele. Vornehmlich hatte sich der kirchliche Zentralverein für die Provinz Sachsen, Zrodlowski, Spahn, Hinschius und Rathmann dagegen gewehrt. Der letztere meinte, durch die Hoffnung, die

[2]) Vergl. hierzu Olshausen S. 678.
[3]) Ueber die Art eines solchen Urteils vergl. Mitteis S. 1—4, insbesondere S. 3 Anm. 5.
[4]) Vergl. Mitteis S. 7.
[5]) Vergl. Mitteis a. a. O.
[6]) Vergl. Erler RGR.-Kom. S. 18.
[7]) Wegen des Ausdrucks „Befreiung" vergl. ZG. IV, 16.

Dispensation von dem Ehehindernisse zu erreichen, werde mancher Anreiz zum Ehebruch gegeben; ähnlich auch Spahn, der die Beseitigung der Zulässigkeit der Nachsichtserteilung deswegen verlangte, weil diese die ehebrecherischen Gelüste begünstige und den Sittlichkeitsbegriffen des deutschen Volkes widerspreche.[8])

Andere wieder wollten die Statthaftigkeit der Dispensation wenigstens gewissen Einschränkungen unterworfen haben. Z. B. lag bei der ersten Beratung im Plenum des Reichstags der Antrag vor, die Befreiung auf alle Fälle dann auszuschließen, wenn der treulose Ehegatte dem unschuldigen nach dem Leben getrachtet oder seinem Konkumbenten während des Bestehens der Ehe für den Fall deren Auflösung ein Eheversprechen gegeben habe. Gegen diesen an die kanonisch-rechtliche Doktrin sich anlehnenden Antrag wurde jedoch eingewendet, daß in derartig qualifizierten Fällen höchstwahrscheinlich an und für sich Befreiung nicht erteilt und durch die Annahme des Antrags nur eine Fülle böswilliger Denunziationen herbeigeführt würde; vor allen Dingen sei in allen den Fällen, wo der Dritte vom Bestehen der Ehe des schuldigen Ehegatten gar nichts gewußt habe, eine Befreiung unbedingt notwendig und zwar, ohne daß diese durch anschwärzende Einwendungen, die sich aus dem Beantragten ergeben würden, gehemmt oder gar vereitelt werden könnte.[9])

Hauptsächlich aber sprachen für die Aufnahme der Befreiung ins BGB. die schlimmen Erfahrungen, die man in Preußen und Bayern bei dem früheren Rechtszustand gemacht hatte. Die namentlich in diesen Staaten für die Sittlichkeit hervorgetretenen Mißstände und Nachteile erheischten als Korrektiv die Zulässigkeit der Dispensation.[10])

Auch jede zeitliche Beschränkung der Statthaftigkeit der Befreiung wurde, wie aus den Protokollen der zweiten Lesung hervorgeht,[11]) abgelehnt, weil man die für die Befreiungsbewilligung zuständigen Stellen in der Erwägung aller in Betracht kommenden Umstände nicht einengen wollte.

Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 hatte im § 40 die Norm aufgestellt, daß die Dispensationsbefugnis „nur dem Staate" gebühre, und zwar um sie der Kirche, in deren Händen sie damals in gewissen Staaten, z. B. in Sachsen, lag, zu nehmen. Dieser § 40 ist durch Art. 46 EG. z. BGB. aufgehoben, der in ihm ausgesprochene Satz aber in dem § 1322 BGB., der für

[8]) Vergl. ZG. IV, 24, 25; VI, 597.
[9]) Vergl. Mugdan IV, 1192.
[10]) Vergl. M. IV, 25; Prot. IV, 29; Mugdan IV, 14, 697.
[11]) Vergl. Mugdan IV, 696 ff., 1141.

den § 40 des früheren Reichsgesetzes Ersatz bietet, als selbstverständlich vorausgesetzt und aus dem Wortlaute herauszulesen.[12])

Welcher Staat für die Dispensationserteilung im Einzelfalle zuständig ist, das richtet sich nach der Staatsangehörigkeit des geschiedenen Ehegatten.[13]) Gehört er einem deutschen Bundesstaat an, so kann dieser vom Ehehindernisse befreien. Ist er zwar Deutscher, aber nicht gleichzeitig Angehöriger eines deutschen Bundesstaats,[14]) so ist der Reichskanzler für die Bewilligung der Befreiung kompetent. Besitzt er dagegen nicht einmal die Reichsangehörigkeit, so kann er keine Befreiung erlangen, weil für Nichtdeutsche keine vorgesehen ist und die Dispensation von Ehehindernissen durch deutsche Behörden nur deutschen Staatsangehörigen erteilt werden kann, wie beispielsweise das badische Justizministerium ausdrücklich entschieden hat.[15])

Falls der schuldige Ehegatte zu gleicher Zeit mehreren Bundesstaaten angehört — eine gesetzlich nicht geregelte Möglichkeit —, so hat nach herrschender Ansicht jeder von ihnen selbständig und unabhängig von den anderen das Recht zu dispensieren. Daher kann der schuldige Ehegatte ganz nach seinem Belieben irgendeinen der mehreren Staaten um Befreiung angehen und, sollte sein Gesuch von dem angerufenen Bundesstaat abschlägig beschieden werden, es bei einem der anderen Bundesstaaten erneuern.

Diese Ansicht vertreten u. a. Dernburg, Erler, Schmidt und Unzner, denen sich Sack und Schreiber angeschlossen haben.[16]) Nach der Auffassung Engelmanns ist hingegen, da es hier um die ausnahmsweise zugelassene Beseitigung reichsrechtlicher Ehehindernisse durch Eingreifen der Landesregierung sich handele und Ausnahmen grundsätzlich streng auszulegen seien, die Bewilligung sämtlicher Bundesstaaten erforderlich.[17]) Dieser Standpunkt

[12]) Vergl. Niedner S. 108; Jacobi S. 40 Anm. 43.

[13]) Vergl. § 1322 Abs. 1 BGB.; die Staatsangehörigkeit bemißt sich nach dem Ges. über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 in der durch Art. 41 EG. z. BGB. festgesetzten Fassung.

[14]) Dieser Fall ist denkbar, wenn der schuldige Ehegatte ein Ausländer, der sich in einem der deutschen Schutzgebiete niedergelassen hat, oder ein Eingeborener ist und durch Naturalisation auf Grund des § 9 des Schutzgeb.-Ges. vom 10. Sept. 1900 die Reichsangehörigkeit verliehen bekommen hat. Vergl. hierzu Laband II. Bd. S. 287.

[15]) Vergl. Fischer-Henle S. 837; Erler RGR.-Kom. S. 23; Bad. Just. Min. im „Recht" 1901 S. 18 und in d. Bad. Rechtspraxis 1900 S. 182.

[16]) Vergl. Dernburg BGB. S. 49; Erler a. a. O.; Schmidt S. 82 ff.; Unzner bei Planck IV S. 46; Sack S. 31; Schreiber S. 61.

[17]) Vergl. Engelmann bei Staudinger S. 75.

kann m. E. schon aus rein praktischen Gründen nicht gebilligt werden, weil er letzten Endes dazu zwänge, falls die mehreren Bundesstaaten einmal nicht einig würden, einen Kompetenzkonflikt im Sinne des Art. 76 Abs. 1 der Reichsverfassung anzunehmen. Er findet also die Lösung der Streitfrage in einem höchst umständlichen, nicht befriedigenden Verfahren, weshalb es hier notwendiger als in jedem anderen Falle ist, von dem Grundsatze strikter Interpretation der Ausnahmen abzugehen.

Welche Stelle in den einzelnen Bundesstaaten das Recht der Befreiungsbewilligung auszuüben hat, darüber haben die Landesregierungen zu befinden[18]) und auch sämtlich Bestimmungen getroffen.[19]) Sie haben die Dispensation ausnahmslos entweder landesherrlicher oder ministerieller Entschließung vorbehalten und damit zum Ausdruck gebracht, daß die Bewilligung der Befreiung vom Ehehindernisse des Ehebruchs ein reiner Verwaltungs-, speziell Gnadenakt ist.

Demnach ist es den Dispens gewährenden Stellen völlig frei gestellt, das Befreiungsgesuch abschlägig zu bescheiden oder ihm zu entsprechen, ohne daß im Falle der ersten Alternative dem schuldigen Ehegatten oder dem Dritten oder im Falle der zweiten Alternative dem schuldlosen Ehegatten die Beschwerde oder ein anderes Rechtsmittel gegen die Entschließung zustünde.[20])

Die Befreiung kann sowohl vor dem Abschlusse der Ehe, als auch darnach, wie das Wörtchen „nachträgliche" in § 1328 Abs. 2 BGB. beweist, erteilt werden, und zwar nicht nur auf Ansuchen des schuldigen Ehegatten und seines Verlobten, sondern auch auf einen von irgendeiner anderen Seite gestellten Antrag hin. Sie kann sogar gegen den Willen des schuldigen Ehegatten und des Dritten gewährt werden.[21])

Die rechtliche Wirkung der Befreiungsbewilligung normiert § 1328 Abs. 2 BGB. und ist bereits im Zusammenhange mit der Nichtigkeit der verbotswidrig geschlossenen Ehe erörtert worden. An dieser Stelle sei nur noch erwähnt, daß die Befreiung unwirksam ist, wenn zur Zeit ihrer Erteilung die nichtige Ehe bereits aufgelöst oder für nichtig erklärt war. War hingegen nur die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, so wirkt die Befreiung Heilung der Nichtigkeit, weil die Ehe hier noch bestand. Auch

[18]) Vergl. § 1322 Abs. 3 BGB.

[19]) Vergl. die Aufzählung bei Staudinger IV. Bd. S. 76—78

[20]) Vergl. Erler RGR.-Kom. S. 23; Engelmann bei Staudinger S. 78; dagegen für andere Ehehindernisse KG. in OLG. XII, 201 und Endemann S. 103.

[21]) Vergl. u. a. Wulfert S. 745; Schmidt S. 102; Sartorius S. 187.

schadet es nichts, daß möglicherweise die Nichtigkeitsklage bereits erhoben ist.[22])

§ 5. Das internationale Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des deutschen.

1. Einführung.

Die über das Ehehindernis bisher entwickelten Grundsätze sind maßgebend, wenn zwei deutsche Staatsangehörige im Deutschen Reich eine Ehe miteinander eingehen.

Es ist weiter zu untersuchen, welches örtliche Recht für die Beurteilung des Ehehindernisses anzuwenden ist, falls Ausländer im Inland oder Inländer im Ausland miteinander eine Ehe schließen wollen.

Diese Frage kann nicht für alle Fälle einheitlich gelöst werden, weil die deutsche Rechtsordnung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechtslebens für die Eheschließung kein für alle Möglichkeiten gleichmäßig geltendes Recht hat.

Es zerfällt vielmehr in inner- und überstaatliches, um mit Zitelmann zu reden.[1])

Jenes, das man auch internes oder partikulares internationales Privatrecht zu nennen pflegt, umfaßt alle die Kollisionsnormen, die das BGB. im Einführungsgesetz über das Eheverbot des Ehebruchs aufstellt, ohne daß es hierbei auf diese oder jene fremden Staaten Rücksicht zu nehmen brauchte oder irgendwie durch völkerrechtliche Staatsverträge in seiner Gesetzgebungsfreiheit gebunden wäre. Diese Rechtsregeln sind nur für die deutschen Gerichte und Behörden unbedingt verbindlich, nicht dagegen auch für die Gerichte und Behörden der ausländischen Staaten.

Das auf das Ehehindernis bezügliche überstaatliche oder konventionsmäßige Kollisionsrecht baut sich dagegen auf völkerrechtlichen Staatsverträgen auf und ist von den Rechtsprechungs- und Verwaltungsorganen nicht nur des Inlands, sondern sämtlicher Vertragsstaaten anzuwenden.

Grundlegend hierfür ist das Haager Abkommen zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze auf dem Gebiete der Eheschließung vom 12. Juni 1902. Es ist ein Ergebnis der Konferenzen, die in den Jahren 1893, 1894, 1900 und 1904 auf die Einladung

[22]) Vergl. Erler RGR.-Kom. S. 27; Unzner bei Planck IV, 62; Schmidt S. 102.

[1]) Vergl. Zitelmann I. Bd.; auch Meili-Mamelok S. 8 ff.

der niederländischen Regierung im Haag abgehalten wurden, um unter den Staaten über das Kollisionsrecht, speziell auch über das internationale Familienrecht, eine einheitliche Verständigung herbeiführen, und an denen Delegierte von fast allen europäischen Staaten teilnahmen. Die Konvention ist von Deutschland, Belgien, Frankreich, Luxemburg, den Niederlanden, Rumänien, Schweden, Italien, der Schweiz, Portugal und Ungarn ratifiziert, und die Ratifikationsurkunden sind von der Mehrzahl der Vertragsstaaten am 1. Juni 1904, von der Schweiz und von Italien am 17. Juli 1905,[2]) von Portugal am 2. März 1907[3]) und von Ungarn am 22. September 1911[4]) im Haag gemäß Art. 9 der Konvention niedergelegt worden.[5])

Da das Abkommen auch von Deutschland nach Maßgabe der Bestimmungen seines internen Staatsrechts angenommen worden ist, so erscheint es juristisch genau wie jedes andere deutsche Gesetz als ein Teil des deutschen Rechts und ist deshalb auch von den deutschen Gerichten und Behörden anzuwenden. Ja, die in der Haager Konvention enthaltenen Normen heben sogar, insoweit die Vertragsstaaten zu ihrer innerstaatlichen Einführung absolut verpflichtet sind (sog. überstaatliche Imperativnormen), die widersprechenden partikularen Kollisionsbestimmungen auf.[6])

Zunächst werde ich eine Darstellung darüber geben, wie sich das Eheverbot des Ehebruchs im internen internationalen Privatrecht gestaltet.

2. Das innerstaatliche internationale Privatrecht.

Der Entwurf erster Lesung des BGB.s enthielt überhaupt noch keine Bestimmungen über das internationale Privatrecht. Erst die mit der Herstellung des Entwurfs zweiter Lesung betraute Kommission fügte solche als sechstes Buch unter dem Titel „Anwendung ausländischer Gesetze" dem ersten Entwurf an.[1]) Diese Vorschriften wurden dann vom Bundesrat in einzelnen Punkten abgeändert und in das Einführungsgesetz eingestellt. In der vom Bundesrate festgesetzten Form sind sie schließlich Gesetz geworden.

Das EG. ist bei der Regelung unserer Frage, wie überhaupt des gesamten Personalstatuts, zu dem unsere Materie zu

[2]) Vergl. RGBl. 1905 S. 716.
[3]) Vergl. RGBl. 1907 S. 84 ff.
[4]) Vergl. RGBl. 1911 S. 919.
[5]) Vergl. Meili I. Bd. S. 21 ff.; Meili-Mamelok S. 36, 37, 76.
[6]) Vergl. Meili-Mamelok S. 9, 48.
[1]) Ueber die vermutlichen Beweggründe, die auf die Kommission bestimmend eingewirkt haben, vergl. Keidel S. 229 und Niemeyer Vorträge S. 5—7; im übrigen vergl. Niedner S. 11 ff.

rechnen ist, vom Standpunkte des gemeinen Rechts abgewichen. Dieses hatte die lex domicilii, das Recht des Wohnsitzes, für maßgebend erklärt. Das BGB. hat dagegen die lex originis, das Gesetz des Heimatstaats, als führende Macht auf den Schild gehoben. Es gilt auch nicht mehr der Satz „locus regit actum", sondern grundlegend ist das Nationalitätsprinzip.[2])

Damit ist gleichzeitig auch die von der früheren Praxis des Reichsgerichts vertretene Lehre, daß das Personalstatut des Ehemanns allein entscheidend sei, außer Kurs gesetzt.[3]) Die Veranlassung zu dieser Maßregel war die Erwägung, daß dieses Prinzip in zahlreichen Fällen die Nichtanerkennung der Ehe im Heimatsstaate der Ehefrau, die nicht selten nach Auflösung der Ehe in ihre Heimat zurückkehre, zur Folge haben würde. Das aber wollte man im Interesse der Ehefrau, wie der Kinder vermeiden, damit diese im Heimatsstaat ihrer Mutter nicht als unehelich gelten und des Erbrechts gegenüber ihren mütterlichen Verwandten nicht verlustig gehen sollten.[4])

Der Standpunkt des EG.s entspricht ganz der bereits in früheren Bundes- und Reichsgesetzen zur Geltung gebrachten Anschauung, daß die Gesetze der Heimatsstaaten beider Verlobten den Ausschlag geben sollten.[5])

Wie aus den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung zu ersehen ist, hat man sich speziell für das Nationalitätsprinzip entschieden, weil es den internationalen Anforderungen am besten gerecht wird und dafür birgt, daß eine Ehe, die unter diesen Bedingungen geschlossen ist, allgemeine Anerkennung finden wird.[6])

Für unsere Rechtsfrage insbesondere stellt Art. 13 EG. den Grundsatz der Staatsangehörigkeit auf. Aus seinem ersten Absatz ergibt sich, daß die Ehehindernisse [7]) oder, positiv ausgedrückt, die materiellen Voraussetzungen der Eingehung einer Ehe, die uns hier allein interessieren, sofern auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, in Ansehung eines jeden der Nupturienten nach den Gesetzen des Staats, dem er angehört, zu beurteilen sind und daß

[2]) Vergl. Barazetti S. 2; Sack S. 38.

[3]) Vergl. RG. in Seuff. Arch. Bd. 42 No. 214 und in Entsch. f. Zivils. Bd. 23 S. 332; Bd. 27 S. 229.

[4]) Vergl. Prot. VI, 48.

[5]) Vergl. z. B. § 3 Bund.-Ges. vom 4./5. 1870, betreffend die Eheschließung und die Beurkundung des Personenstands von Bundesangehörigen im Ausland (BGBl. S. 599); § 8 RGes. vom 1./6. 1870, (RGBl. S. 335); auch Barazetti a. a. O.

[6]) Vergl. Prot. IV, 46—49.

[7]) Vergl. z. B. Fischer-Henle S. 1485; Erler S. 9 Anm. 32.

das gleiche auch für die Schließung von Ehen zwischen Ausländern im Inlande gilt.

Das EG. normiert also nur das Recht aller der Eheschließungen, die im Inlande vorgenommen werden oder bei denen ein Inländer beteiligt ist. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Ort der Eheschließung im Deutschen Reich oder im Auslande liegt.

In allen diesen Fällen ist das Ehehindernis nach dem Rechte des Heimatstaats eines jeden der Verlobten festzustellen. Und zwar ist das so zu verstehen, was aus der nicht ganz zweifelsfreien Fassung des Gesetzes nicht deutlich ersichtlich ist, aber durch das Protokoll der zweiten Lesung ausdrücklich klargestellt worden ist,[8]) daß eine Ehe nur dann gültig sein soll, wenn die Ehefähigkeit nach dem Personalstatut eines jeden der Verlobten positiv vorhanden ist.[9])

Demnach kann eine von ihrem Manne wegen Ehebruchs mit einem Ausländer geschiedene Deutsche ihren Mitschuldigen, obwohl dessen Heimatsstaat das Ehehindernis des Ehebruchs gar nicht kennt, nicht heiraten, weil *sie* nach § 1312 BGB. nicht ehefähig ist.

Von dem aufgestellten Grundsatze macht jedoch das Gesetz gewisse *Ausnahmen* zugunsten des Gesetzes des Eheschließungsortes. Auch hier bestehen die Schranken, die der Anwendung ausländischen Rechts im allgemeinen gesetzt sind.

Zunächst greift *Art. 30 EG.* Platz, der die Anwendung des ausländischen Rechts, wenn sie gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde, verbietet und in einem solchen Falle den Ausländer dem inländischen Recht unterstellt.

Ist z. B. die Ehe zweier Ausländer durch das rechtskräftige Urteil eines deutschen Gerichtshofs wegen Ehebruchs des einen Ehegatten mit einem anderen Ausländer geschieden und dieser Ehebruch urteilsmäßig konstatiert worden,[10]) so können sich m. E. die beiden Ehebrecher im Deutschen Reiche nicht heiraten, wenngleich ihren Heimatsstaaten das Eheverbot wegen Ehebruchs unbekannt ist. Denn die Anwendung des fremden Rechts würde

[8]) Vergl. Prot. VI, 47; speziell Kahn, der auf S. 202 die Unklarheit des Gesetzes an einem Beispiel veranschaulicht; vergl. auch Riedner S. 35; Niemeyer Vorträge S. 38.

[9]) Vergl. Endemann S. 115, 117; auch Zitelmann vertritt im II. Bd. S. 606 diesen Standpunkt.

[10]) Daß die deutschen Gerichte für Scheidungsprozesse ausländischer Ehegatten zuständig sein können, darüber vgl. Niemeyer in Böhms Zeitschr. 15. Bd. S. 119 ff.

der Tendenz des § 1312 BGB. widersprechen, der Ehen zwischen Ehebrechern beim Vorhandensein der entsprechenden Voraussetzungen grundsätzlich nicht zuläßt und offenbar auf den Standpunkte steht, daß sich solche Ehen mit den allgemeinen sittlichen Anschauungen nicht vertragen. Ob nun die Auffassung des Gesetzes richtig ist oder nicht, mag hier dahingestellt bleiben; jedenfalls ist sie die Tendenz des § 1312 BGB. und muß daher respektiert werden. Es ist keinesfalls zulässig, daß die Ausländer unter Berufung auf ihr milderes Heimatsrecht den Zweck des deutschen Gesetzes umgehen. Sie mögen vielmehr in solchen Fällen ebenso wie jeder Inländer bei der Behörde des Eheschließungsorts, die in diesem Fall zuständig ist, Dispens nachsuchen. Diese Ansicht teilen auch Niemeyer und Meyerowitz.[11])

Anderer Ansicht ist Keidel.[12]) Er meint, Eheverbote des deutschen Rechts, die durch Befreiung beseitigt werden könnten, hinderten die Anwendung fremden Rechts nicht; auf diesem Standpunkt stünde auch Art. 2 der Beschlüsse des Haager Kongresses über das Recht der Eheschließung vom Jahre 1894. Diese Auffassung ist jedoch zu verwerfen; denn sie macht den Fehler, daß sie die Beantwortung der Streitfrage in den konventionsmäßigen Kollisionsnormen sucht, während sie aus den vorhandenen internen Kollisionsnormen zu geben ist.[13])

Eine weitere Ausnahme von dem Staatsangehörigkeitsprinzipe statuiert Art. 27 EG., indem er den allgemeinen Satz aufstellt:

> „Sind nach dem Recht eines fremden Staats, dessen Gesetze in dem Art. 13 Abs. 1 für maßgebend erklärt sind, die deutschen Gesetze anzuwenden, so finden diese Anwendung."

Das bedeutet für unseren Rechtsstoff, daß die in Art. 13 Abs. 1 enthaltene Verweisung, das Ehehindernis in Ansehung eines im Inlande heiratenden Ausländers nach seinem Heimatsrechte zu beurteilen außer Kraft tritt und an die Stelle des dort für maßgeblich erklärten fremden Rechts das deutsche, also die lex loci celebrationis anzuwenden ist, falls das ausländische Recht auf das deutsche Recht zurückverweist. Rückverweisungen fremder Rechte auf andere als das deutsche sind hingegen nicht zu berücksichtigen.[14])

[11]) Vergl. Niemeyer Vorschläge S. 192; Meyerowitz S. 25.
[12]) Vergl. Keidel S. 239.
[13]) Vergl. Meili-Mamelok S. 49.
[14]) Vergl. Planck VI. Bd. S. 49; Barazetti S. 10 ff.; Meili-Mamelok S. 32 ff.

Eine derartige Rückverweisung auf unser Recht hat Großbritannien, die Vereinigten Staaten von Amerika, Dänemark, Norwegen und Argentinien.[15]) Gehen also Angehörige dieser Staaten in Deutschland eine Ehe ein, so werden sie in Ansehung des Ehehindernisses nach unserem Rechte behandelt.

Nach dem Gesichtspunkte der Rückverweisung kann man sonach die im Inland wohnenden Fremden in zwei Gruppen teilen, in solche, die nach ihrem Heimatsrecht, und in solche, die nach deutschem Rechte beurteilt werden.

Eine krasse Ausnahme vom Grundsatze der Staatsangehörigkeit scheint auch Art. 13 Abs. 2 EG. hinsichtlich unserer Rechtsfrage zu treffen. Da heißt es:

> „In Ansehung der Ehefrau eines nach Art. 9 Abs. 3 für tot erklärten Ausländers wird die Eingehung der Ehe nach den deutschen Gesetzen beurteilt."

Der hierin angezogene Art. 9 Abs. 3 lautet:

> „Hatte ein verschollener ausländischer Ehemann seinen letzten Wohnsitz im Inland und ist die im Inlande zurückgebliebene oder dahin zurückgekehrte Ehefrau Deutsche oder bis zu ihrer Verheiratung mit dem Verschollenen Deutsche gewesen, so kann auf ihren Antrag der Verschollene im Inlande nach den deutschen Gesetzen ohne die im Abs. 2 bestimmte Beschränkung für tot erklärt werden."

Nach dem Wortlaute des Art. 13 Abs. 2 müßte man annehmen, hinsichtlich der Ehefrau eines nach Art. 9 Abs. 3 in Deutschland für tot erklärten Ausländers solle stets das deutsche Recht für die materiellen Voraussetzungen der Eheschließung maßgebend sein, auch wenn sie Ausländerin geworden oder geblieben ist oder gar als Ausländerin im Auslande mit einem Ausländer eine neue Ehe schließt.

Hier hat Niemeyer[16]) die bahnbrechende Ansicht aufgestellt, daß Art. 13 Abs. 2 unmöglich so gemeint sein könne, eine Ehefrau, die sich einmal in der Lage des Art. 9 Abs. 3 befunden habe, für alle Zeiten dem deutschen Rechte hinsichtlich der Eheschließung zu unterwerfen; denn eine derartige weite Auslegung würde zu ganz unverständlichen Sinnwidrigkeiten führen. Niemeyer interpretiert deshalb den Art. 13 Abs. 2 logisch restriktiv dahin, daß in Ansehung der Ehefrau eines nach Art. 9 Abs. 3 im Inland für tot erklärten Fremden die Eingehung der Ehe,

[15]) Vergl. Kahn S. 201; Meili-Mamelok S. 77—80; Bogeng S. 5 ff.; Meili I. Bd. S. 276 ff.

[16]) Vergl. Niemeyer Vorträge S. 39.

soweit das Verschollenheitsrecht hierbei in Betracht komme, nach deutschem Rechte,[17]) dagegen in allen anderen Beziehungen nach dem Rechte, dem ein jeder Verlobter angehört, beurteilt werden müsse. Im vollen Einverständnisse mit ihm befinden sich Barazetti, Niedner, Meyerowitz und Unzner.[18]) Auch m. E. ist diese Niemeyersche Theorie zu billigen, da sie die notwendige Konsequenz der im Inland ausgesprochenen Todeserklärung des ausländischen Ehemanns und zugleich ein rationelles Ergebnis ist.[19])

Für unsern Fall besagt sie, daß Art. 13 Abs. 2 EG. hinsichtlich des Ehehindernisses des Ehebruchs das Nationalitätsprinzip *nicht* durchbricht und deshalb die Ehefrau eines nach Art. 9 Abs. 3 in Deutschland für tot erklärten Ausländers bei der Eingehung einer neuen Ehe hinsichtlich des Ehehindernisses, falls sie Deutsche ist, nach deutschem Recht, sonst aber nach dem Recht des Staates, dem sie angehört, zu behandeln ist.

Die aus Art. 13, 27 und 30 EG. vorstehend entwickelten Grundsätze gelten — dafür spricht die allgemeine Wortfassung dieser Vorschriften — selbstverständlich nicht nur für die Feststellung des Bestehens eines Ehehindernisses, sondern auch für die Möglichkeit der Dispensation davon und für die Wirkungen einer verbotswidrig abgeschlossenen Ehe.[20])

Welches Recht für die Eheschließung von Ausländern im Auslande maßgebend ist, darüber sagt das BGB. nichts. Offenbar ist man hierbei von dem richtigen Standpunkt ausgegangen, daß die inländische Gesetzgebung zur Regelung dieser Möglichkeit kein Recht und keine Veranlassung habe. Nach der Formulierung des Artikel 13 Abs. 1, 2 EG. und nach dem Zusammenhange zu schließen, sollen für solche Eheschließungen, vor allem auch für die Entscheidung unserer Frage, in Konsequenz des Nationalitätsprinzips die fremden Rechte Platz greifen. Diese Ansicht ist bereits von Niemeyer verfochten worden und entspricht auch der allgemein herrschenden Anschauung.[21])

Für heimatlose Nupturienten trifft das EG. dagegen Bestimmungen (vgl. Art. 29).

[17]) Vergl. §§ 1348 ff. BGB.; welche Voraussetzungen hier im einzelnen in Frage kommen, darüber vergl. u. a. Niedner S. 36 oben.

[18]) Vergl. Barazetti S. 61 ff.; Niedner S. 35 ff.; Meyerowitz S. 36; Unzner bei Planck VI. Bd. S. 49.

[19]) Vergl. zu dieser Frage Biberfeld in der Zeitschrift von Böhm und Niemeyer 8. Bd. S. 220 ff. und Mariolle in derselben Zeitschr. 9 Bd. S. 300 ff.

[20]) Vergl. Keidel S. 239; Meyerowitz a. a. O.; Barazetti S. 63, 69; Haidlen S. 41; Fischer-Henle S. 1485.

[21]) Vergl. Niemeyer Vorträge S. 17; Barazetti S. 59; Keidel S. 238; Haidlen a. a. O. Anm. 2; Planck VI. Bd. S. 49.

3. Das überstaatliche internationale Privatrecht.

Das Haager Eheschließungsabkommen vom 12. Juni 1902, auf dem das konventionsmäßige internationale Privatrecht fundiert ist, geht ebenso wie das interne unverkennbar von dem Obersatz aus, daß die Staatsangehörigen auch im Auslande prinzipiell den Gesetzen ihres Heimatsstaates unterworfen bleiben.

Es bezweckt damit, eine Gewähr dafür zu schaffen, daß die Verlobten mit den internen Gesetzen ihres Staats kein Spiel treiben können, indem sie sich lediglich zum Zwecke der Eheschließung einfach für kürzere oder längere Zeit unter eine mildere Gesetzgebung eines anderen Staates stellen.[1])

Daraus erklärt sich auch der an die Spitze des Abkommens gestellte Leitsatz:

> „Das Recht zur Eingehung der Ehe bestimmt sich in Ansehung eines jeden der Verlobten nach dem Gesetze des Staats, dem er zur Zeit des Eheabschlusses angehört."

Diese in der ersten Hälfte des Art. 1 der Konvention aufgestellte Rechtsregel entspricht inhaltlich vollständig der des Art. 13 Abs. 1 EG. zum BGB. Bedenken könnten höchstens darüber bestehen, ob auch die Ehehindernisse, speziell das des Ehebruchs, unter den Begriff des „Rechts zur Eingehung der Ehe" fallen. Diese Zweifel werden jedoch sofort zerstreut, wenn man auf die Entstehungsgeschichte des Art. 1 des Abkommens zurückgeht und sich Art. 2, der von den Ehehindernissen handelt, näher ansieht.[2])

Sonach ist die Schließung der Ehe nur statthaft, wenn das Ehehindernis in der Person eines jeden der Nupturienten nach seinem Heimatsrechte nicht vorliegt und beide daher, wenn die sonstigen Erfordernisse nicht fehlen, nach ihrem Personalstatut ehefähig sind.

Das Nationalitätsprinzip erleidet jedoch auch hier gewisse Ausnahmen.

Aehnlich dem Art. 27 EG. zum BGB. bestimmt Art. 1 der Konvention in seiner zweiten Hälfte, daß das Gesetz des Heimatsstaats nicht anzuwenden sei, wenn eine internationalrechtliche Vorschrift dieses Gesetzes selbst ausdrücklich auf irgendein anderes Gesetz verweist. Hieraus ergibt sich, daß das Verweisungsprinzip, das nach der allgemeinen Theorie der Wissenschaft grund-

[1]) Dies ist insbesondere bei Meili-Mamelok S. 84 näher ausgeführt.
[2]) Vergl. Meili-Mamelok S. 87 ff.; Zitelmann II. Bd. S. 659 gebraucht sogar die Worte „materielle Voraussetzungen der Eheschließung" schlankweg in dem Sinne von „Recht zur Eingehung einer Ehe."

sätzlich zu verwerfen ist,[3]) auch im überstaatlichen Kollisionsrecht Anerkennung gefunden hat, ja theoretisch sogar in weiterem Umfang als im partikularen. Denn dieses läßt eine Verweisung lediglich zugunsten des deutschen Rechts gelten, jenes dagegen jede Art der Verweisung, nicht bloß die Rückverweisung, sondern auch die Weiterverweisung. Letztere ist dann gegeben, wenn das vom innerstaatlichen Kollissionsrecht als anwendbar bezeichnete fremde Recht keine unmittbare und endgültige, sachliche Beurteilung des fraglichen Rechtsverhältnisses gestattet, sondern seinerseits wieder auf ein anderes Gesetz Bezug nimmt.[4]) Doch wird in Art. 1 der Konvention eine besonders ausgesprochene Verweisung verlangt, was Art. 27 EG. zum BGB. nicht fordert.[5])

Prüfen wir, ob die Verweisungsklausel des Abkommens unsere Frage überhaupt berührt! Sie ist nur mit Rücksicht auf Art. 25 Abs. 3 des schweizerischen Bundesgesetzes vom 24. Dezember 1874 und auf Art. 54 Abs. 3 der schweizerischen Bundesverfassung in die Konvention aufgenommen worden. Diese Vorschriften sind jedoch durch den Schlußtitel Art. 61 Ziffer 7f des neuen schweizerischen Zivilgesetzbuchs ersetzt worden.[6]) Dort heißt es:

> „Eine Ehe, die im Auslande nach dem dort geltenden Recht abgeschlossen ist, wird in der Schweiz für gültig erachtet, wenn ihr Abschluß nicht in der offenbaren Absicht, die Nichtigkeitsgründe des schweizerischen Rechts zu umgehen ins Ausland verlegt worden ist (Fall I).
>
> Eine im Auslande abgeschlossene Ehe, die nach der Gesetzgebung des Orts der Eheschließung ungültig ist, kann in der Schweiz nur dann für ungültig erklärt werden, wenn sie auch nach schweizerischem Rechte ungültig ist (Fall II)."

Fall I wird hinsichtlich des Eheverbots des Ehebruchs schwerlich vorkommen, da es dem schweizerischen Rechte fremd und daher ein agere in fraudem legis nicht denkbar ist.

Auch Fall II wird nicht eintreten. Denn wennschon zwei Ehebrecher in Deutschland dem § 1312 BGB. zuwider miteinander die Ehe geschlossen hätten und darnach in der Schweiz ihren

---

[3]) Vergl. Iherings Jahrb. XXX, 21 ff; XXXVI, 388 ff.; XL, 57 ff.; Kahn S. 210 ff.; Zitelmann II. Bd. S. 660 oben; Meili I. Bd. S. 167 ff.; Meili-Mamelok S. 29.

[4]) Vergl. Kahn S. 211; Planck VI. Bd. S. 52; Bogeng S. 18 ff., der die Weiterverweisung an einem Beispiel erläutert; Meili-Mamelok S. 28.

[5]) Vergl. Deutsche Denkschr. z. Eheschl.-Abkommen S. 32; auch Endemann S. 118 Anm. 32.

[6]) Vergl. Schlußtitel Art. 32 schweiz. Ziv. GB.; dazu Kahn S. 215 ff.; Meili-Mamelok S. 92 ff.

Wohnsitz nehmen würden, so würde eine derartige, nach deutschem Rechte zwar nichtige Ehe in der Schweiz doch nicht für ungültig erklärt werden können, weil diese Ehe nach schweizerischem Recht in Ermangelung eines entsprechenden Eheverbots für gültig anzusehen sein würde.

Die Verweisung hat daher für das Ehehindernis keinerlei Bedeutung. Dagegen ist die in Art. 2 Ziff. 2 der Konvention zugunsten der lex loci celebrationis statuierte Ausnahme vom Staatsangehörigkeitsprinzip für unsere Rechtsfrage von Belang. Dort ist bestimmt:

> „Das Gesetz des Orts der Eheschließung kann die Ehe von Ausländern untersagen, wenn sie verstoßen würde gegen seine Vorschriften über
>
> 1. . . . . .
>
> 2. das absolute Verbot der Eheschließung zwischen den des Ehebruchs Schuldigen, wenn auf Grund dieses Ehebruchs die Ehe eines von ihnen aufgelöst worden ist;
>
> 3. . . . . (Abs. 1).
>
> Ist die Ehe unbeachtet eines der vorstehend aufgeführten Verbote geschlossen, so kann sie nicht als nichtig behandelt werden, falls sie nach dem im Art. 1 bezeichneten Gesetze gültig ist (Abs. 2)."

Das Abkommen räumt also jedem Vertragsstaate, dessen Rechtsordnung ein absolutes Eheverbot wegen Ehebruchs enthält, die Befugnis ein, entgegen dem in Art. 1 für geltend erklärten Nationalitätsprinzip Ausländern die Schließung von Ehen, die dieses Verbot verletzen würden, zu untersagen und damit das an sich zuständige Heimatsgesetz zu verdrängen.

Diese Ausnahmebestimmung ist erst nach langem Schwanken genehmigt worden. Die erste Konferenz hatte dem Ehehindernis des Ehebruchs die Anerkennung versagt und einen vom belgischen Delegierten auf Einführung gestellten Antrag abgelehnt. Auf demselben Standpunkte stand zunächst auch die Kommission der zweiten Konferenz; als aber diesmal der deutsche Delegierte (v. Seckendorff) bei der Plenarberatung das belgische Amendement wieder einbrachte, wurde es beinahe einstimmig angenommen. Die dritte Konferenz hat am Beschlusse der zweiten nichts mehr geändert, sondern nur einen Antrag Schwedens, das Wort „absolut" zu streichen abgelehnt.[7])

[7]) Vergl. Kahn S. 230 ff.

Nach Art. 2 Ziff. 2 kann ein Konventionsstaat nur prohibitiv eingreifen, wenn er überhaupt das Eheverbot kennt. Demzufolge hat die Bestimmung für Frankreich, Italien und die Schweiz, die es nicht haben, nicht die geringste praktische Bedeutung.

Ferner wird erfordert, daß das Eheverbot im Sinne der Konvention „absolut" ist, d. h. daß es nicht durch Dispens behoben werden kann, was im Kommissionsbericht ausdrücklich festgelegt worden ist.[8]) Da diese Eigenschaft sowohl dem Ehehindernis des deutschen, wie des schwedischen Rechts fehlt, weil nach beiden Rechten Dispensation möglich ist, so können auch Deutschland[9]) und Schweden keinen Gebrauch von dem Vorbehalt des Art. 2 Ziff. 2 machen. Es ist daher, wie Kahn sehr richtig hervorhebt,[10]) nicht eigentlich verständlich, warum gerade der deutsche Delegierte für die Aufnahme dieser Bestimmung sich so ins Mittel gelegt hat, da ja für uns die ganze Frage gegenstandslos war und ist. So kann die Vorschrift weder des § 1312 BGB., noch des Art. 2 Ziff. 2 der Konvention von einem deutschen Standesbeamten Staatsangehörigen von Frankreich, Italien oder der Schweiz, die in Deutschland eine Ehe eingehen wollen, prohibitiv entgegengehalten werden, obwohl in ihrer Person an sich sämtliche in § 1312 BGB. aufgestellten Voraussetzungen des deutschen Ehehindernisses gegeben sein könnten.

Demnach können nur außer den genannten Vertragsstaaten Belgien, Luxemburg, die Niederlande, Rumänien, Portugal und Ungarn eine Verbotsnorm aufstellen; eine solche muß jedoch, wie Kahn ausführt, ausdrücklich erlassen sein, sonst können diese Staaten die Vorbehaltsbestimmung des Art. 2 Ziff. 2 der Konvention gegen Ausländer nicht anwenden.[11])

Das Abkommen macht aber noch weitere wichtige Beschränkungen für die Anwendung des Vorbehalts, insofern die Prohibitivnorm des Rechts des Eheschließungsorts gegen Ausländer nur dann seine Wirkung äußern kann, wenn auf Grund des Ehebruchs die Ehe aufgelöst und dieser Ehebruch als Grund der Scheidung in einem Scheidungsurteil festgestellt ist.

Ferner darf das Eheverbot der lex loci celebrationis nur gegen die Ehebrecher, deren Ehebruch urteilsmäßig konstatiert ist, ehehindernd geltend gemacht werden. Wenn z. B. dem wegen

[8]) Vergl. Keidel S. 234; Kahn S. 227; Meili-Mamelok S. 101.
[9]) Vergl. Sauer S. 67; Planck VI. Bd. S. 53; Endemann S. 119 Anm. 36.
[10]) Vergl. Kahn S. 231.
[11]) Vergl. Kahn S. 225.

Ehebruchs geschiedenen Ehegatten die Wiederverheiratung grundsätzlich überhaupt verboten ist, wie es das schwedische Recht bestimmt, so wird eine solche Rechtsregel des Eheschließungsstaates durch das Abkommen nicht gedeckt und kann deshalb von Konventionswegen nicht in diesem Umfange gegen Ausländer wirken.

Für die Erteilung der Befreiung sind die nationalen Behörden der Verlobten zuständig. So muß ein Deutscher, der in Frankreich eine Ehe schließen will, von der zuständigen Stelle seines Bundesstaats oder, falls er nur Reichsangehörigkeit besitzt, vom deutschen Reichskanzler Dispensation sich erteilen lassen. Besteht jedoch am Orte der Eheschließung, z. B. in Belgien, ein nicht dispensables Eheverbot, so findet die von der Heimatsbehörde erteilte Befreiung keine Beachtung.[12])

Da die Konvention in Art. 2 und 3 die Vorbehalte zugunsten des Rechts des Eheschließungsstaats ausdrücklich und erschöpfend statuiert, so dürfen die richterlichen und administrativen Behörden des Eheschließungsstaats auch keineswegs darüber hinausgehen. Insbesondere dürfen sie andere auf das Ehehindernis sich beziehende, innerstaatliche Vorschriften im überstaatlichen internationalen Rechtsleben nicht berücksichtigen. Damit steht gleichzeitig fest, daß auch Art. 30 EG. zum BGB. im Gebiete des konventionsmäßigen Kollisionsrechts von den deutschen Behörden nicht angewendet werden darf.[13]) Ebenso muß die in Art. 13 Abs. 2 EG. zum BGB. enthaltene Sondervorschrift vor dem Haager Abkommen weichen.[14])

Die Wirkungen einer verbotswidrig abgeschlossenen Ehe bestimmen sich nach der Auffassung der Konferenz nach dem Gesetze, daß die Frage der Ehefähigkeit zu beurteilen hat. Hierüber besondere Regeln in das Abkommen einzufügen, hat man ausdrücklich und wiederholt abgelehnt bis auf den Fall des Art. 2 Abs. 2, von dem ich später sprechen werde. Man wird daher z. B. in dem Falle, wo ein Deutscher eine Italienerin dem zwischen ihnen bestehenden Ehehindernisse zuwider heiratet, die Ehe für nichtig erklären müssen, bis der Deutsche Befreiung erlangt hat, obwohl die Italienerin nach ihrem Heimatsrecht ehefähig ist.[15])

Ist dagegen eine Ehe gegen ein vom Eheschließungsstaate auf Grund des Art. 2 Ziff. 2 aufgestelltes Prohibitivgesetz ge-

[12]) Vergl. Bogeng S. 17; Meili-Mamelok S. 101; Kahn S. 227 Anm. 33, S. 232.

[13]) Vergl. Deutsche Denkschr. zum Eheschl. Abkommen S. 31; damit übereinstimmend Planck IV. Bd. S. 55; Endemann S. 119; Zitelmann II. Bd. S. 660; Kahn 221 ff.; Meili-Mamelok S. 96 ff.

[14]) Vergl. Zitelmann II. Bd. S. 660 Anm. 338.

[15]) Vergl. Meili-Mamelok S. 111; Kahn S. 206 ff.

schlossen worden, so kann sie nach Art. 2 Abs. 2 als nichtig nur behandelt werden, falls sie auch nach dem in Art. 1 bezeichneten Gesetz, d. h. nach dem Heimatsrecht ungültig ist. Kahn[16]) weist mit Recht darauf hin, daß die Vorschrift des Art. 2 des Abkommens in das materielle Privatrecht hinübergreift und von diesem direkt die Umgestaltung des trennenden Ehehindernisses in ein bloß aufschiebendes verlangt. Sie ist eine Norm nicht für die streitige, sondern für die freiwillige Gerichtsbarkeit; denn dem Staate des Eheschließungsorts wird, im Grunde genommen, nur gestattet, für seine Standesbeamten, nicht auch für seine Richter ein Verbotsgesetz zu geben. Auf diesem Standpunkt stehen auch Meili und Mamelok.[17])

Den örtlichen, sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der entwickelten Grundsätze legen die Art. 8 und 9 des Abkommens fest. Darnach erstreckt sich ihre Geltung nur auf die europäischen Gebietsteile der Vertragsstaaten und nur auf die Ehen, die im Konventionsgebiete geschlossen sind oder geschlossen werden sollen. Außerdem muß nach Art. 8 Abs. 1 mindestens einer der Verlobten Angehöriger eines der Konventionsstaaten sein. Will also ein Portugiese eine Amerikanerin in Deutschland heiraten, so finden auch in diesem Falle die Konventionsnormen Anwendung; für jenen ist das portugiesische nach Art. 1 des Haager Abkommens, für diese das amerikanische Recht nach Art. 13 Abs. 1 EG. zum BGB. maßgebend. Da nun das Recht der Vereinigten Staaten von Amerika auf das deutsche Recht verweist, so ist die Amerikanerin nach Art. 27 EG. zum BGB. nach den deutschen Gesetzen zu beurteilen.

Soweit das Abkommen gewisse Fragen nicht geordnet haben sollte, würde das innerstaatliche internationale Privatrecht ergänzend anzuwenden sein. Das gilt z. B. für die rechtliche Behandlung der Heimatlosen.[18])

§ 6. Das deutsche Privatfürstenrecht.

Etwa seit dem 13. Jahrhundert sonderte sich der Herrenstand als geschlossener Geburtsstand von den übrigen Klassen der Freien ab und umfaßte alle die Familien, deren Häupter reichsunmittelbare Territorien besaßen und als Reichsstände in der Reichsversammlung stimmberechtigt waren.

[16]) Vergl. Kahn S. 241 ff.
[17]) Vergl. Meili-Mamelok S. 110.
[18]) Vergl. Meili-Mamelok S. 75 und 85.

Trotz der staatsrechtlichen Vorrangstellung des Herrenstandes, dessen Mitglieder einander voll ebenbürtig waren, war zunächst von einem ihm eigentümlichen Rechte noch nichts zu verspüren. Vielmehr lebte er in allen seinen privatrechtlichen Verhältnissen nach dem gewöhnlichen Recht seines Landes. Insbesondere bestimmten sich auch die Eingehung der Ehe und speziell die Ehehindernisse nach dem Rechte der anderen.

Erst seit dem 14. Jahrhundert wurden die Familien des hohen Adels von dem Gedanken allgemein beseelt, ihre häuslichen Verhältnisse, vor allem ihr Familien- und Erbrecht, im Gegensatze zur Entwicklung des Volkrechts zu regeln und sich durch eine eigene Hausgesetzgebung eine fest begründete Hausmacht für die Dauer zu sichern. Das war teils durch die diesen Kreisen immer mehr entgegenstrebende Richtung des deutschen Privatrechts, teils durch die Bildung der Landeshoheit und eines besonderen Fürstenstands bedingt.

So entstand neben dem allgemeinen Privatrecht ein besonderes für den hohen Adel, das sich vornehmlich auf das Gebiet des Familien- und Erbrechts beschränkte, das sog. Privatfürstenrecht. Es hatte seine wichtigste Rechtsquelle in der Autonomie der genossenschaftlich korporativ sich gestaltenden, hochadligen Familie und entwickelte sich mehr und mehr zu einem festeren Ganzen. [1])

Besondere, vom allgemeinen Recht abweichende Normen speziell über das Ehehindernis des Ehebruchs bildeten sich jedoch nicht heraus und finden sich in den Hausgesetzen nirgends.[2]) Offenbar waren die hochadligen Kreise in dieser Beziehung den sittlichen Anschauungen ihrer Zeit genau so unterworfen wie die übrigen Bevölkerungsschichten, sodaß das Bedürfnis zu einer Sonderegelung sich nicht fühlbar machte. [3])

Die Hausgesetze wurden auch nicht durch den Untergang der Reichsverfassung und das Emporsteigen einzelner Landesherren zur Souveränität aufgehoben. Durch die Mediatisierung (1806) verloren zwar viele hochadlige Familien die Reichsstandschaft und Landeshoheit, doch wurden die so mittelbar Gewordenen nichtsdestoweniger unter Aufrechterhaltung ihrer Hausrechte zum hohen Adel gerechnet; insbesondere brachte ihnen die deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815 das Recht der autonomischen Hausgesetzgebung wieder.

[1]) Vergl. Schulze bei Stobbe I. Bd. 2. Abt. S. 498 ff.
[2]) Vergl. Moser.
[3]) Vergl. dagegen über das aus der Eigenart der Unteilbarkeitsordnungen des hohen Adels herausentwickelte Eheverbot für die Nachgeborenen bei Schulze S. 328 ff.

Dieses Standesrecht entwickelte auch im 19. Jahrhundert keine besonderen Grundsätze über das Ehehindernis heraus, wie überhaupt nicht über die auf sittlicher Basis beruhenden Eheverbote. Daher galten für die Kreise der landes- und standesherrlichen Häuser in der Zeit vor der Gründung des Deutschen Reichs und vor dem Inkrafttreten des BGB.s die allgemeinen Grundsätze des positiven Rechts. Das haben unter anderen J. C. Kohler in seinem Handbuch des deutschen Privatfürstenrechts[4]) und Heffter[5]) hervorgehoben, dieser unter dem besonderen Hinweise, daß die Ehen des vormals reichsständischen hohen Adels sowohl in souveränen, wie nichtsouveränen Häusern ihre Regelung zunächst durch das Wesen und den natürlichen Begriff der Ehe und nach dem Rechte des Landes, für das die Ehe fortan Geltung haben sollte, erhalten hätten; selbst der Souverän hätte sich den gesetzlich anerkannten Sitten nicht entziehen können, ohne die Ehe einer nachherigen Anfechtung auszusetzen.

Vor dem Standesrechte des hohen Adels hat sogar das BGB., trotzdem es grundsätzlich auf möglichste Vereinheitlichung des deutschen Rechts bedacht war, mit Rücksicht auf die geschichtliche Entwicklung und den engen Zusammenhang, in dem speziell das Sonderrecht der landesherrlichen Familien zum geltenden Staatsrechte steht, Halt gemacht und die Vorbehaltsbestimmungen der Art. 57 und 58 EG. zugunsten der hochadligen Kreise aufgenommen.[6])

Diese Vorschriften interessieren uns hier nur für die eine Frage, ob der hohe Adel trotz dieser Vorbehalte den bürgerlich rechtlichen Normen über das Ehehindernis des Ehebruchs auch heute noch unterworfen ist oder nicht.

Bei der Erörterung dieser Frage müssen wir zwischen den einzelnen, im Gesetz gruppierten Familienkreisen des hohen Adels unterscheiden.

Art. 57 EG. spricht zunächst nur von den Landesherren und den Mitgliedern der landesherrlichen Familien, sowie den Mitgliedern der Fürstlichen Familie Hohenzollern, des vormaligen Hannoverschen Königshauses, des vormaligen Kurhessischen und des vormaligen Herzoglich Nassauischen Fürstenhauses. Diesen ist nachträglich durch das Reichsgesetz vom 25. März 1904[7]) noch das Herzoglich Holsteinische Fürstenhaus rechtlich gleichgestellt worden.

[4]) Vergl. Kohler S. 111.
[5]) Vergl. Heffter S. 92 ff. 55.
[6]) Vergl. M. I, 10 ff.; Mugdan I, 21 ff.
[7]) Vergl. RGBl. 1904 S. 149.

Dieser hochadligen Gruppe ist die Autonomie verblieben, und auf sie können die Bestimmungen des BGB.s nur angewendet werden, insoweit nicht die Hausverfassungen und Landesgesetze abweichende Normen aufstellen.[8])

Dieser Vorbehalt der Selbstgesetzgebung ist ganz allgemein, sodaß prinzipiell jede Vorschrift des BGB.s, insbesondere die über das Eheverbot wegen Ehebruchs darin enthaltenen, durch autonomische Sonderbestimmungen für unanwendbar erklärt oder durch andere Rechtsregeln ersetzt werden können.[9]) Demnach könnte hausgesetzlich das Ehehindernis sowohl verschärft, wie abgeschwächt oder gänzlich beseitigt werden.

Nach dieser Richtung hin ist freilich von keiner Seite Gebrauch von der Autonomie gemacht worden,[10]) und auch irgendwelche Observanzen oder andere Normen des Privatfürstenrechts, das ja heute noch ebenso wie früher für die Hausrechte ergänzend Platz greift,[11]) deuten nicht auf Anschauungen und Gebräuche des hohen Adels hin, die mit denen des Bürgertums sich nicht deckten. Das erklärt sich einfach daraus, daß sich ein abweichender Brauch unmöglich mit der Würde der hochadligen, insonderheit der regierenden Häuser vertragen hätte.

Man muß daher mit Rehm, Sartorius u. a. annehmen, daß die Grundsätze des BGB.s über das Ehehindernis des Ehebruchs auf die genannten hochadligen Familien Anwendung zu finden haben.[12])

Was für diese gilt, das ist erst recht von den vormals reichsständisch gewesenen, seit 1806 mittelbar gewordenen Häusern und den anderen in Art. 58 EG. z. BGB. aufgezählten Familien des hohen Adels zu sagen. Ihnen ist die Autonomie lediglich „in Ansehung ihrer Familienverhältnisse und Güter" vorbehalten, und sie sind auf Grund des Vorbehalts nicht einmal in die Lage gesetzt, vermöge ihres beschränkten Selbstgesetzgebungsrechts über das Ehehindernis des Ehebruchs eine abweichende Regelung zu treffen. Denn nach richtiger Auslegung des Ausdrucks „Familienverhältnisse" sind hierunter, wie vor allen Loening eindringend und aufklärend untersucht hat[13]) und auch Endemann, Planck

[8]) Vergl. Art. 57 EG. z. BGB.
[9]) Vergl. Planck VI. Bd. S. 158; Sartorius S. 436.
[10]) Vergl. Sartorius S. 437.
[11]) Vergl. Rehm S. 150; Fischer-Henle S. 1518; RG. Entsch. in Zivils. Bd. 32 S. 150.
[12]) Vergl. Rehm a. a. O.; Sartorius a. a. O.; Dernburg BGB. S. 3 Anm. 0; Sack S. 53.
[13]) Vergl. Loening, S. 39, 86.

und Sartorius ausführt,[11]) nur die Rechtsbeziehungen der Familiengemeinschaft zu verstehen, deren Ordnung zur Erhaltung der Macht und des Ansehens des reichsständischen Hauses in Abweichung von den allgemeinen Normen des BGB.s einer besonderen Festsetzung bedarf. Die Eingehung der Zivilehe, speziell das Ehehindernis des Ehebruchs als eine von ihren materiellen Voraussetzungen, gehören jedoch offensichtlich nicht unter diesen Begriff.

§ 7. Grundsätzliche Beurteilung des Ehehindernisses des Ehebruchs.

Die rechtliche Ausgestaltung des Ehebruchs zu einem Ehehindernisse hat, wie wir gesehen haben, verschiedene Entwicklungsstufen durchgemacht und ist besonders neuerdings wieder bei der Beratung unseres BGB.s und des Haager Eheschließungsabkommens, sowie in Frankreich bei der Diskussion über das Gesetz vom 15. Dezember 1904 ein Zankapfel der Gesetzgebung gewesen. In den beiden ersten Fällen ist der Streit zugunsten des Eheverbots entschieden worden, im letzten zu seinen Ungunsten.

Man fragt sich angesichts so grundverschiedener Anschauungen über ein und dasselbe Rechtsinstitut unwillkürlich: „Wer hat nun eigentlich recht, die Verteidiger oder die Feinde des Ehehindernisses?“

Ich hoffe, eine Gegenüberstellung der Für und Wider wird uns den Weg zur richtigen Antwort zeigen.

Zur Rechtfertigung des Eheverbots wird in erster Linie das Herkommen, die geschichtliche Entwicklung, der Standpunkt der früheren Rechte ins Feld geführt.

Weiter beruft man sich darauf, daß das Eheverbot dazu diene, von der Begehung des Ehebruchs abzuschrecken und gleichzeitig auch die Ehebrecher bestrafe.

Von katholischer Seite endlich wird man auf die Heiligkeit der Ehe als eines Sakraments hinweisen.

Betrachten wir einmal diese Argumente auf ihre Beweiskraft hin!

Die Rücksicht auf den bisherigen Rechtszustand und die Scheu, davon abzugehen wäre nur geboten, wenn das Ehehindernis innerlich begründet wäre und wenn die sittlichen und religiösen Anschauungen über die Ehe als eine göttliche Einrich-

[11]) Vergl. Endemann S. 23 ff.; Planck VI. Bd. S. 160; Sartorius S. 433; vergl. auch Dernburg BGB. a. a. O.

tung, die ja früher, speziell im Bereiche des kanonischen Rechts, für die Aufstellung eines Eheverbots bestimmend gewesen sind, dieselben geblieben wären.

Aber weder das eine, noch das andere ist der Fall. Denn einerseits ist das Ehehindernis, was insbesondere bei den Beratungen im deutschen Reichstage wiederholt zur Sprache gekommen ist, nicht im Wesen und Zwecke der Ehe begründet, wie man es von den Eheverboten wegen Bigamie und Verwandtschaft sagen kann, vielmehr läuft es dem Charakter der Ehe geradezu zuwider. Der Bund zwischen Mann und Weib darf vom Staate nicht durch entbehrliche Beschränkungen erschwert werden, sondern eine solche Verbindung muß, da sie für das ganze Leben gedacht ist, ihren Mittelpunkt in der gegenseitigen Zuneigung und Liebe der Ehegatten haben. Nur wenn diese Kräfte durch eine freiere gesetzliche Gestaltung der Ehe in die rechten Bahnen gelenkt werden, kann man dem Ideale wahrer Verinnerlichung der Ehe nahekommen.

Andererseits hat sich die moderne Zeit von der Auffassung des kanonischen Rechts, das seinen Standpunkt über das Eheverbot nach dem Tode der großen Reformatoren sogar der evangelischen Kirche aufgedrängt hat, weit entfernt. Man erblickt in der Ehe nicht mehr eine göttliche Institution, sondern man erkennt sie richtig als den Lebensbund von Mann und Weib, der seine Ursache in den Naturen der beiden Geschlechter hat und wegen seiner eminent großen Bedeutung für das Gemeinwesen vom Staat in ein besonderes, gesetzliches Gewand gekleidet worden ist.

Diesen Standpunkt nahm schon Luther ein, indem er den Anspruch der Kirche auf Feststellung und Handhabung der rechtlichen Eheordnung leugnete und anerkannte, daß dies Sache der „bürgerlichen Obrigkeit" sei. [1])

Daß sich auch keine in der heiligen Schrift begründete Argumente gegen die Zulässigkeit der Verheiratung von Ehebrechern anführen lassen, das hat sowohl Luther, wie Herrmann nachgewiesen; letzterer hat das Problem speziell noch nach der Idee der christlichen Ehe einer Prüfung unterzogen und ist von diesem Gesichtspunkt aus gleichfalls zu dem Ergebnisse gelangt, daß das Ehehindernis zu verwerfen sei. [2])

[1]) Vergl. Luther, Von Ehesachen, bei v. Strampff, Luther über die Ehe, S. 422 ff.).

[2]) Vergl. Herrmann S. 304. ff.

Von der abschreckenden Wirkung des Eheverbots hatte man, was aus den Motiven und aus den Berichten über die Beratungen im deutschen Reichstag und in den Kommissionen zu entnehmen ist, vor dem Inkrafttreten des BGB.s nichts verspürt, und man darf wohl aus der steigenden Statistik der Ehescheidungen auch für die Gegenwart den Schluß ziehen, daß der Erfolg, den man in dieser Hinsicht erhofft hatte, ausbleibt.

Vor allen Dingen liegt es an sich nicht im Wesen und im Zwecke der zivilrechtlichen Normen, abzuschrecken oder gar eine Bestrafung herbeizuführen. Dazu bedient sich der Staat regelmäßig der Strafgesetze, und das hat er ja im vorliegenden Falle durch die Ausgestaltung des Ehebruchs zu einem kriminalistischen Tatbestand auch getan. Eine und dieselbe Handlung noch ein zweites Mal und zwar durch ein zivilrechtliches Gesetz unter Strafe zu stellen, ist daher nicht erforderlich und entspricht auch nicht dem Grundsatz „ne bis in idem".

Das Eheverbot wird schwerlich das gesetzgeberische Mittel sein, das geeignet wäre, dem Ehebruch vorzubeugen, der im Leichtsinn, in der Wollust, in der Liebe und in den Disharmonien der Ehegatten eine nie versiegende Quelle hat; es führt im Gegenteile zu ethischen und sozialen Mißständen, die zu öffentlichem Aergernis Anlaß geben.

Denn Ehebrecher, die aus wahrer Liebe und Leidenschaft gefehlt haben — vielleicht war Brutalität oder Gleichgültigkeit des sog. unschuldigen Ehegatten die notwendige Voraussetzung zu diesem ehebrecherischen Verkehr —, werden durch das staatliche Eheverbot geradezu zum Konkubinat getrieben. Gern möchten sie sich heiraten und ihre natürliche Lebensgemeinschaft zu einer staatlich anerkannten gestalten. Doch das Eheverbot schiebt sich wie eine unübersteigbare Mauer zwischen ihren guten Vorsatz und das Ziel ihres sehnlichsten Wunsches. Ebensowenig ist ihrer Umgebung und der Sittlichkeit damit gedient, weil sie zum Aergernis ihrer Mitmenschen wie Eheleute zusammenleben. Die Kinder, die aus einer solchen Verbindung hervorgehen, werden durch das Eheverbot gleichfalls ungerechterweise bestraft, insofern sie als uneheliche gelten und wegen ihrer unehelichen Geburt den Vorurteilen der Gesellschaft ausgesetzt sind.

Der leichtsinnige Ehebrecher hingegen, der aus reiner Wollust eine Ehefrau, die vielleicht mit ihrem Manne ganz glücklich lebte, zum ehebrecherischen Beischlafe verführt und dadurch der Urheber zur Scheidung der Ehe wird, kann sich, wenn die von

ihm ihres häuslichen Glückes beraubte Frau von Ehe spricht, mit heuchlerisch betrübter Miene abweisend hinter das staatliche Eheverbot verschanzen.

Alle diese Folgen legen gewiß kein Zeugnis über die Weisheit des Gesetzes und über die Existenzberechtigung des Eheverbots wegen Ehebruchs ab. Ein Gesetz, das für Leichtsinn und Heuchelei eine Wehr, dagegen für Wahrhaftigkeit und Ernst eine Härte ist, spricht sich meines Erachtens selbst das Urteil der ethischen und sozialpolitischen Unhaltbarkeit.